

Heroina polis ſalue vnica et vnica terris
Ducere palmaris ſigna pudicitiæ.

DISCVRSO IVRIDICO,

POR
LA EXCEL^MA
SEÑORA DOÑA INES
DE ZVÑIGA Y VELASCO,

Condeſa de Hazarcollar, Duqueſa de Sanlucar la Mayor, viuda del Excelentiſsimo Señor D. Gaſpar de Guzman Conde Duque de Oliuares, y ſu heredera vniuerſal.

En el pleito con el Señor Don Luys Mendez de Haro y Sotomayor.

SOBRE

La manutencion en el ſumariſsimo poſſeſſorio del oficio de Alcaide, y Obrero mayor de los Alcaçares Reales de Seuilla.



1. DE EL hecho ſe referirà ſolamente lo que fuere neceſſario para introducir eſte diſcurſo, dexando lo demas para q̃ vaya texido en las alegaciones, que en el ſe an de hazer; con que ſe euitarà algo de ſu prolija narracion. Y aſsi breuemente ſupongo, que por el año de 623. ſu *M*ageſtad (Dios le guarde) hizo merced al ſeñor Conde Duque de Oliuares deſte oficio de Alcaide, y Obrero mayor de los Alcaçares Reales de Seuilla. Y en la cedula q̃ dello le deſpachó entra haziendo relacion, de como el Señor Rey don Filipe Segundo el año paſſado de 552. hizo merced del al Conde don Pedro, abuelo de ſu Excelẽcia: Y luego por cedula del año de 563. le dio facultad para q̃ pudieſſe *dejarlo a ſu hijo mayor ſuceſſor en ſu mayorazgo.* Y como en eſta conformidad, auiendo nombrado en el al ſeñor Conde don Enrique, y confirmadoſele el nombramiẽto, ſe le dio aſsi miſmo facultad el año de 599. *para nõbrar en el a ſu hijo mayor ſuceſſor en ſu Caſa, y mayorazgo:* con que nõbrò al ſeñor Conde don Gaſpar, a quien ſe le concedio por otra vida mas en la forma que a ſu padre, y abuelo. Añadeſe a eſto la merced de la juriſdicion que deſpues ſe le concedio, y otras preeminencias. Y llegando a eſta vltima merced dize.

Refiereſe la merced que ſu Mageſtad hizo deſte oficio al ſeñor Don Gaſpar de Guzman, el año de 623.

2 *Y aora teniendo conſideracion a la calidad de vueſtra perſona, y caſa, y a los grandes y ſeñalados ſeruicios de vueſtros paſſados, y en particular a los del Conde don Pedro vueſtro abuelo, y a los que hizo el Conde don Enrique vueſtro padre en los cargos de Embaxador de Roma, Virrey de Cicilia, y Napoles, y en el Conſejo de Eſtado: y a los muchos, e importantes, que vos me aueis hecho, y al granzelo, y aſsiſtencia con que los vais continuando cerca de mi perſona, en todas las materias, y negocios graues que ſe ofrecen, con tanta ſatisfacion mia, y vtilidad de mis Reynos, y a que no aueis aceptado mercedes de mi hazienda, que os he querido hazer, por parte de remuneracion de vueſtros ſeruicios, y mueſtra de la eſtimacion que hago dellos, de nueſtro proprio motu, y cierta ciencia, intencion, y deliberada voluntad, y poderio Real, y abſoluto, de que en eſta parte vſamos, como Rey y ſeñor natural, que no reconoce ſuperior en lo temporal: auemos tenido por*

bien

bien de hazeros merced, como por la presente os la hazemos deste cargo de Alcayde, Tenedor, y Obrero mayor de los Alcaçares, y Ataraçanas Reales de la ciudad de Seuilla, y sus anejos, y de los Palacios, y Bosques del lomo del Grullo, y de las Rocinas; con el termino redondo a ellos anejo, que es en el Axarafe de la misma ciudad, para que quede, y estè perpetuamente incorporado, y vnido en vuestra casa, y mayorazgo por juro de heredad, y le tengais, y gozeis vos, y vuestros decendientes, y sucessores, varones, o hembras, para siempre jamas, con el sueldo, voz, y voto, y assiento en el Cabildo de la ciudad de Seuilla, y con la jurisdicion, preeminencias, y calidades, exempciones, &c. Y despues al fin dize. *Y considerando, que esta merced os la hazemos principalmente por vuestros seruicios, y assi quedarà incorporada y vnida en vuestra casa, y mayorazgo, y lo gozaràn por vos vuestros sucessores: y que respecto de la rectitud, y limpieza con que viuis, y el gasto a que os obliga el lugar que teneis en mi seruicio, y la resistencia que aueis hecho en admitir mercedes de mi hazienda, podria ser muriessedes con deudas, es nuestra voluntad, que podais grauar vuestro estado, y mayorazgo, y a los que en el sucedieren, a que paguen a vuestros acreedores, o a otras qualesquier personas, o para los efectos, y en la forma que vos dispusieredes, cincuenta mil ducados; que valen diez y ocho quentos setecientas y cincuenta mil marauedis. Y desde luego os damos facultad cō todos los requisitos necessarios en derecho, para que agora y en qualquier tiempo podais imponer toda esta cantidad, o menos la que os pareciere, en vna partida, o en las que fuere vuestra voluntad, a censo, o en otro qualquier modo sobre esta tenencia, o sobre vuestro Estado, y mayorazgo, grauando para la paga de lo que impusieredes a los que en el huuieren de suceder, aunque sean hijo, o hija vnica, que conforme a derecho no se les puede grauar: que en quanto a esto derogamos todas las leyes que lo prohiben, auiendolas aqui por insertas. Y si auiendo impuesto los cincuenta mil ducados, o parte dellos, los redimieredes, podais boluerlos a imponer las vezes que os pareciere, de suerte que siempre en virtud desta facultad la tengais para dejar esta cantidad impuesta para despues de vuestros dias. Y porque cō esta calidad queda incorporada y vnida en vuestra casa y mayorazgo esta merced, y los que os sucedieren la an de gozar con este grauamen, si vos se le quisieredes poner, para que en caso que alguno dellos lo contradiga, se assegure el efecto de vuestra disposicion, es nuestra voluntad, que podais preuenir esto, dexando empeñada esta*

ta tenencia, y fundados sobre ella los cincuenta mil ducados, o menos en la cõformidad referida, y dexando nõbradas personas, que la siruan, o que podais dexar facultad, para que en vuestro nombre lo puedan hazer vuestros acreedores, o las personas que os pareciere, sin que los sucessores en vuestro estado, y mayorazgo puedan poner en ello impedimento alguno. Y las personas que nombraredes vos, o quien tuuiere facultad vuestra, teniẽdo las calidades que se requieren, y precediendo el pleito omenaje, an de poder tomar la possession desta tenencia, y seruirla por si mismos, o por sus tenientes, de la misma suerte que vuestros sucessores, y los suyos, solo en virtud deste titulo, o su copia autorizada, y del nombramiento, con que haziendose por qualquiera de los posseedores del mayorazgo la paga de los cincuenta mil ducados, tomandose a censo sobre el, o en otra qualquier forma, de modo que se cumpla con la disposicion del Conde, la tenencia se buelua al mayorazgo, &c.

Lo segundo se supone, que por el año de 627. su Magestad despachò en fauor de su Excelencia el señor don Gaspar de Guzman otra su Real Cedula, en que declara como se han de entender las mercedes, que le ha hecho: en la qual se notan las palabras siguientes.

3 *Refierese la Cedula del año de 627.*

POR quanto teniendo consideracion a los muchos, y muy grandes, leales, y agradables, y particulares, y señalados seruicios que vos don Gaspar de Guzman, Conde Duque de Oliuares, Duque de Sanlucar la Mayor, Comendador mayor de Alcantara, de mi Consejo de Estado, Cauallerizo mayor, y gran Chanciller de las Indias, mi Capitan General de la Caualleria de España, Alcayde perpetuo de los Alcaçares, y Ataraçanas Reales de la ciudad de Seuilla; me auiades hecho, y haziades continuamente, con gran zelo, y assistencia, y fidelidad, y pureza a mi persona en todas las materias, y negocios graues que se han ofrecido, y ofrecen, con tanta satisfacion mia, y vtilidad de mis Reynos, y en alguna enmienda y remuneracion dellos, por diferentes priuilegios, titulos, y despachos os he hecho algunas mercedes, que e aqui por repetidas, y por escusar que entre vuestros sucessores en ningun tiempo aya pleyto sobre ellas, he tenido por bien de declarar, como por la presente declaro, que mi intencion y voluntad ha sido y es, que todas las dichas mercedes de qualquier calidad y cantidad q̃ sean, an sido para vos, o para quiẽ tuuiere la casa, o casas, mayorazgo, o mayorazgos, q̃ aueys fundado, o fundaredes, o vos quisieredes, sin q̃ el q̃ posseyere la Casa, y Estado de Oliua-

Oliuares pueda pretender alguno a ellas, porque las hize respecto de vuestra persona, y de los que sucedieren por vuestra voluntad, y llamamiento. Y en esta consideracion el titulo de Duque de Sanlucar ha de ser para quien vos quisieredes, sin obstaros las palabras del. Lo qual quiero, y mando se execute y cumpla inuiolablemente, sin q̃ por ninguno de vuestros sucessores en el dicho estado de Oliuares se pueda ir contra ello en tiempo alguno, ni por alguna manera, porq̃ esta ha sido, y es mi determinada intencion, y voluntad, sin embargo que en los dichos priuilegios, titulos y despachos, o en alguno dellos se ayan puesto diferentes palabras, y que respecto de ellas se entendiesse lo contrario de lo aqui contenido: pero toda via por si a vuestra Casa, y Estado de Oliuares se le ha adquirido algun derecho, os hago merced, que si se diuidiere del de Sanlucar, los posseedores de la Casa de Oliuares, por mas los fauorecer, honrar y sublimar, se puedã llamar, e intitular, llamen, e intitulen, e los hago, e intitulo a cada vno en su tiempo perpetuam͂te Conde Duque de Oliuares, y que ayã y gozen, y les sean guardadas todas las honras y antelaciones, preeminencias, y prerrogatiuas, que an y gozan, y deuen auer y gozar, ansi por derecho, y leyes destos Reynos, como por costumbres antiguas de ellos, los otros Duques que an sido y son en estos dichos Reynos. Y puedan traer y traigan todas las insignias, y vsar y exercer todas las ceremonias, que por razon del dicho titulo de Duque, deuẽ y deuieren traer, y exercer, y sean auidos y tenidos y respetados por tales Duques, sin que para ello sea necessario mandamiento, ni licencia mia, ni de los Reyes mis sucessores, ni venir ante mi, ni ante ellos los que ansi huuieren de heredar y suceder, y heredaren y sucedieren en el dicho Estado de Oliuares, para efecto de suceder, y se poder llamar, e intitular Condes Duques, ni escriuirles yo, y los Reyes, que despues de mi sucedieren, por mi Consejo de Camara, como se acostumbra hazer con los otros Condes Duques destos mis Reynos, ni hazer otra diligencia alguna.

4 Suponese lo tercero, que auiendo muerto el señor Cõde don Gaspar, en 22. de Iulio del año del año de 645. en 30. del dicho mes, por parte de la señora Duq̃sa de la ciudad de Sãlucar la Mayor, como su heredera vniuersal, se pidio la possessio de los bienes, y entre ellos, de esta Alcaidia, presentando para justificarla las dos cedulas de los años de 623. y 627. que se an referido: mandosele dar, y diosele actualmente, entregandose las llaues del Alcaçar al señor *Breue relacion del hecho deste pleito.*

 ñor

ñor Marques de Villanueua, que con su poder la tomò, nombrò Teniente, y demas oficiales, que hasta oy han exercido y exercen sus oficios; esto sin que huuiesse contradicion alguna, hasta que en treze de Agosto, quinze dias despues por parte del señor don Luys de Haro se pidio la possession del estado de Oliuares, y desta alcaidia, &c. Y el acto que hizo para tomarla el señor Marques de el Algaua, que acudio a ello, fue abrir y cerrar vna puerta por do se entra a los jardines, donde se le hizo saber por parte de la señora Duquesa la possession en q̃ estaua, exhibiendo testimonio della. Y en esta conformidad, auiendo ofrecido al Contador, y otros oficiales (*puestos por su Excelencia*) nueuos nombramientos, no los admitierõ, respondiendo, que vsauan sus oficios por la señora Duquesa, como posseedora de la dicha alcaidia. Cõ esto se formò competencia, y la parte del señor don Luys de Haro consintio lisamente, que sus autos se acumulassen a los de la primera possession, y auiendose acumulado, se pidio por su parte la possession del deste oficio por el remedio de la ley 45. de Toro; de que el Iuez mandó dar traslado: y entonces por parte de la señora Duquesa se suspendio el petitorio, y el possessorio plenario, protestando no se tratasse de ellos, y se introduxo el sumarissimo possessorio, pidiendo manutencion en la possession actual en q̃ estaua. Este pedimiento se contestô por la parte contraria, pidiendo tambien manutencion, en la que la ley le transfirio, con que la causa sobre este juizio se recibio a prueba, y se ha ido instruyendo por ambas partes cõ probanças, alegaciones, y algunos instrumentos, hasta q̃ conclusa y vista por el Teniente juez della, y el Lic. don Iuan Duran de Torres, su acompañado, proueyerõ autos diferentes, el primero proueyô auto, que manutuuo al señor don Luys de Haro en la possession en que està, dandose primero por su Excelencia fiança de estar a derecho en razon de los cincuenta mil ducados, que el Excelentissimo señor don Gaspar de Guzman pudo cargar sobre su Casa, y este oficio. El segundo manutuuo a la señora Duquesa en la possession del, en que esta se halla, sin perjuizio de la possession y propriedad: apelò cada parte del

auto

auto que tiene contra si, presentaronse en esta Audiencia y dixeron de agrauios, con que el pleito quedò concluso y para determinar.

Esto supuesto en el hecho, el fin deste discurso es fundar la justicia de la Duquesa mi señora, para que el auto del Licenciado don Iuan Duran de Torres, que la mandò amparar en la possession actual que tiene deste oficio se confirme, y excluir la manutenciõ, que por el señor dõ Luys Mendez de Haro se pretende, satisfaciendo a los fundamentos q̃ue para ella puede tener, y asi le diuidiremos en dos partes, procediendo en ellas con la breuedad y precision que sufriere la materia.

PRIMERA PARTE.

Pruebase, que està biẽ introducido el juizio sumario.

5 DAremos principio a esta primera parte, probãdo auerse introducido biẽ por la señora Duquesa el interdicto sumarissimo possessorio, q̃ oy se cõtrouierte, esto, por q̃ alguno de los abogados del señor don Luys de Haro insiste proteruamẽte en lo contrario, sin aduertir, q̃ contestò nuestro pedimiento, pidiendo por el mismo remedio para su Excelencia manutencion en la possession, que por ministerio de la ley se le adquirio. Con que la controuersia viene a ser qual de los litigantes ha de ser manutenido en este juizio, no si se ha introducido mal, o bien, a que se llega algo de cosa juzgada; pues auiendose apelado por su parte de auer recibido la causa a prueba en este articulo, y confirmadose en vista, el auto se consintio con que por consequencia necessaria quedò asi mismo juzgado auerse introducido bien, y ser releuantes las alegaciones, iuxta *text. in l. 4. tit. 6. lib. 4. compilationis*, y lo que en ella se resuelue.

6 Si bien no necessitamos de estrecharnos a estos medios para conuencerle, teniendo en nuestro fauor el principio vulgar de derecho, y la regla general y corriente de la ley æquissimum, de vsufructu, de la Rubrica, y todo el titulo, ne lite pendente quidquam innouetur, y de otros derechos, que juntò Postio, *en la obseruacion 4 en el num. 1.* por la qual es permitido a todo posseedor, y cõueniente

al

al bien publico, vsar de aqueste interdicto, no solo (como alli prueba con gran copia de Doctores) para la quietud publica, ne ad rixas, & contiones deueniatur, sino tābien para la buena orden de los juizios: *Nam quemadmodū ante quam causa proprietatis tractetur quis possessor, atq; ita reus & quis petitor atque ita actor sit, constare debet, ita cum causa possessoria principaliter tractatur tueri conuenit eum, qui possessionem illam detinet*: palabras son de Menochio, despues de Paulo de Castro, Baldo, Siluano, y Nata, a quien alega, *de retinenda possessione, remedio vltimo, num. 7.* quibus addo Plotum, *de in litem iurando, §. 3. num. 43. y 44.* Scaciam *de appellationibus, 2. p. q, 17 limita. 6. membro 2. nu. 11.* Cancerium, *lib. 3. variar. cap. 14. num. 25.* Bartium *decisione 47. num. 3.*

7 Y assi dixo bien Postio *obseruatione 8. num, 13.* con muchos que cita, que este interdicto *habet se ad iudicium principale retinendæ, vt ipsum iudicium principale ad iudicium de proprietate.* Y como en este queriendo el reo conuenido valerse del possessorio, y que se juzgue primero, no se le puede impedir, conforme al texto vulgar, en la *ley ordinarij, C. de rei vindicatione*, puede lo mismo quien se halla en la actual possession, quando contra el se intenta el possessorio plenario: de donde notò Ibando Bardaxi, *in commentarijs ad foros Aragonenses, in rubrica, de apprehensionibus, iuncto foro 23.* que en estos pleitos ay quatro articulos que dizen orden entre si. El possessorio al de la propriedad: el sumarissimo al possessorio ordinario: y el de la aprehension al sumarissimo. aunque Caualcano en la *decision 185. al num. 2.* no se contenta con esta igualdad, antes afirma, que el sumarissimo possessorio es mas priuilegiado que otro algun remedio, para que primero se conozca del: y apretò esto tāto Giovago *consi, 11. num. 42. lib. 1*, que afirma, *quod eo proposito ex sui natura intelligitur suspensum omne aliud iudicium, etiam quod non suspendatur*, quanto y mas si se suspende por el q̄ le propone, que entonces, *ante quam pronuntietur in manutētione, habet iudex ligatas manus, ita vt in petitorio, seu ordinario possessorio & negotio principali, seu alio remedio extraordinario intentato, se intromittere non possit, nisi manutentione, & possessorio expedito, aliás procederet sine iurisdictione, & nulliter*: como con muchos pronolatamente Postio, cuyas son estas palabras

obser-

bſeruatione 7.à num. 21. que es quanto puede ponderarſe.

Y procede eſto mejor quãdo el que ſe vale deſte reme-
8 dio litiga como heredero, a quien compete el interdicto de la ley *fin. C. de ædicto diui Adriani tollendo*: porque entonces ſin valerſe del ſumariſsimo comun, que en todos los juizios poſſeſſorios ſe intenta, tiene otro particular aun mas ſumario, y executiuo, que el derecho concede para eſte interdicto de la ley fin, reſpectu ſui ipſius, de que ſe puede valer para ſer manutenido en la poſſeſsion actual, en que eſtâ. & quod magis eſt, para entrar en ella, que es el del principio de la dicha ley, no el del §. *ſim attem*, que es muy diſtinto: de el dixo Cancerio (de quien es eſte diſcurſo, y lo prueba lata y doctamente en el conſejo 2. à n. 4. de dos que eſtán al fin de ſus obras) que *cùm ſit ſummariſſimum, in eo non datur interdictum interim, iudicium ſiqui dem ſummariſsimum dictæ legis importat idem, quod in alijs poſſeſſorijs iudicium interim, &c*-videndus omnino *dicto conſ*. 2. donde en el *num*, 2. prueba latamente, como el remedio de la ley final *non ſolùm datur pro poſſeſsione adipiſcenda, ſed pro iam adepta confirmanda, ac manutenenda*. Ex quibus manifeſtiſsimê infertur, pue auiendo la parte dal ſeñor don Luys de Haro, intentado el juizio poſſeſſorio plenario deſte oficio, por dezir ſucedio en el como bienes de la Caſa, y Eſtado de Oliuares, juſtamente ſe introdujo por la Duqueſa mi ſeñora que como heredera del Excelentiſsimo ſeñor don Gaſpar de Guzman ſu marido, ſe hallaua en la poſſeſsion actual de el: eſte remedio ſumariſsimo, ſuſpendiendo el petitorio, y poſſeſſorio plenario, y que no ay razon de eſtrañarlo, ora ſe conſidere, que es el eſpecialiſsimo de la dicha ley final, ora el ordinario del interin.

Apuntaſe como demas de el remedio ordinario del interin compete el ſumariſsimo de la ley final, C. de ędicto de reordiner. tollendo.

Sin que a eſto obſte la reſolucion del ſeñor Luys de Mo-
9 lina, *lib. 3. de Hiſpanorum ptimogenijs, cap.* 13. *num.* 70. a quien ſiguio el P. Molina, *de iuſtitia, & iure, tom 2. diſputatione* 638 *num.* 10. y Cancerio en eſte conſejo 2. *nu.* 24: donde en terminos de la ley 45. de Toro reſuelue, que no ſe admite el ſumariſsimo del interin: lo primero, porque lo contrario fundô latamente Paz *de tenuta, cap.* 9. *per totum*, Mieres 3. *p. quæſt.* 22. *per totam*, con fundamentos ſin comparaciõ mas eficazes que el que el ſeñor Luys de Molina apunta.

Reſpondeſe al ſeñor Luys de Molina, y otros, que con terminos dela tenuta no admitẽ el ſumariſsimo poſſeſorio.

Lo

Lo segundo, porque el, y los demas Doctores hablan en terminos del remedio particular, y preuilegiado de la tenuta que se intenta en el Consejo, vt videre est num. 72. y lo notó el Padre Molina dicto num. 10. ibi: *Quando summarié iuxta legem 10. citatam agitur de tenuta*, y assi el vnico fundamento es: *quoniam iudicium, quo iuxta legem 10. agitur de possessione est summarium, & dum pendet vnum iudicium summarium non debet intentari aliud iudicium summarium*: palabras del mismo Molina, vnde deducitur, que si la possession no se pidiere en el Consejo, sino en otro tribunal, como aqui se hizo: cûm tunc iudicio ordinario agendum sit, non illo stricto, & præuilegiato tenutæ, prout latè probat Paz *de tenuta, 1. tom. cap. 39. ánum. 46.* aun en el sentir destos DD. per argumentum à cessante ratione, se puede proponer el sumarissimo possessorio, como le propusimos. Lo tercero, porque aun en los mismos terminos de tenuta, en que los dos Molinas hablan, reconocen, que su resolucion ha de entenderse, *nisi verisimiliter timeatur, quod partes ad arma peruenturæ sint, vel aliás scandalum speretur, eo namque casu* (dize el señor Luys de Molina en el num. 72.) *Regij Consiliarij debēt hoc ita componere, ne scandalum oriatur, seu partes ad contentionē deueniant, siue prouidendo, quod possideat pendente lite, ille, quem ex probationibus, seu aliter constat tempore eiusdem litis motæ possedisse, vel maioratum sequestrando, si non constet*: quibus addo Cancerium *dicto cons. 2. nu. 24.* que trae a Gutierrez *in practicis lib. 3. quest. 74. num. 4.* y a ningun caso puede esto aplicarse mejor que a este (como bien reconocio en estrados vno de los Abogados contrarios, quando este pleito se vio sobre la prorrogacion del termino) por ser este oficio cosa tan considerable, y los que contienden por el personas son grandes. Ergo, &c.

10 Y no ay que hazer caso de la replica que a esto se haze diziendo, que Paz, y los demas referidos, que admiten el sumarissimo possessorio, hablan quando dos, o mas litigā sobre la sucession de vn mayorazgo; no empero quando la contienda es con el posseedor, sobre si son vinculados los bienes, como en este pleito, porque esta distincion, lege, & Doctore destituta est, & quod pessimum iudico, ratione, pues ninguna ay que se pueda dar de diferencia: y assi

y assi Mieres hablò indistintamente en el vno, y otro caso, dict. quæst. 22. libro 3. vt videre est num. 1, ibi. *Vigesimo secundo quæro quis litigat cum successore rerum maioratus super illarũ rerũ possessione, quas vere detinet* (no sobre la sucession) *& lite pendenti petit se esse in possessione tuendum, an admittatur hæc petitio, & sit in possessione tuendus per viam interim, & prouisionis lite pendenti?* Que es a la letra nuestro caso. mas claro en el num. 11. donde auiendo resuelto, que el auto que se prouee en estos juizios se executa sin miedo de atentado, añade: *Si verò scandalum non timeatur, obseruandæ erunt regulæ iuris, quæ generaliter statuunt nihil innouandum esse, appellatione pendenti, maxime si non sit lis inter duos, vel plures, qui prætendunt esse successores in maioratu, sed inter successorem in maioratu, & aliũ qui prætendit bona esse libera, & non restitutioni subiecta.* Con q̃ no dexó lugar a la duda.

11 Ajustado pues, que en este pleito se intentò bien el sumarissimo possessorio, se sigue ajustar sus requisitos, para inferir, qual de las partes ha obtenido en el. Y en quanto al sumarissimo possessorio ordinario; illud nempè, quo communiter vtimur communi omnium calculo receptũ est, que no es menester otro que aquella parte de la possession natural que mira, no al derecho, ni a su assistēcia, sino a la actual y corporal insistencia en la cosa de que se trata, de que hablò Vlpiano en la ley 3. §. vltimo, ff. ad exhibendum, ibi: *Non solum eum, qui ciuiliter, sed & eum, qui naturaliter incumbat possessioni*: prueba esto latissimamente Postio de manutenendo, obseruatione 15. nu. 18. lugar muy copioso, donde lo comprehēdio todo en esta conclusiõ: *Non tamen aliud requiritur, nec attenditur, seu probari debet, nisi sola, & simplex possessio, vel quasi, vel immò etiam nuda detentio, seu detentatio, & sola facti insistentia.* Dedonde dixo Menochio de retinenda possessione, remedio vltimo, num. 29. despues de Iuan Fabro, y el señor Presidente Couarrubias, y otros, que lo que ha de dezirse en el pedimiento no ha de ser mas que *se esse in possessione*, aludiendo a la distincion del Consulto, en la ley *si quis* 10. §. 1. ff. de adquirēda possessione, ibi: *Est autem longè diuersum possidere, aliud in possessione esse*: addo Sesse, qui plures congerit de inhibitione, cap. 6. §. 1. num. 51.

Apuntanse los requisitos, que son necessarios en el remedio ordinario del interin

Y no

12 Y no queremos dezir con esto, ni lo dizen los Doctores referidos, q̃ si el q̃ se halla en esta detentacion, o insistẽcia, tuuiesse tãbien la possessiõ natural, y ciuil, se le denegaria la manutencion en el remedio sumarissimo, porq̃ entes se le dara con mucha mas justificacion, *Cùm is propriè possidere dicatur, quod vno ore omnes affirmant*: teste Menochio de retinenda possessione, remedio 3. n. 18. vbi alios congerit: ni tampoco, que se le denegarà a quien tuuiere solamente la ciuil, vel quasi animo retenta, como prueba el mismo Menochio vbi supra, num. 22. Valascus consultatione 79. q. 9. Antonius Faber in Cod. lib. 8. tit. 4. diffinitione 9. Y menos aquel, en quien ministerio iuris sine apprehensione possessio translata fuerit: como bien consideró Guido Papa, q. 512. Parisio cons. 41. num. 16. Tiraquelo tractatu lemors saitsit le vif. parte 6. declaratione 9.

13 Lo que dezimos es, que concurriendo el que tiene esta possessiõ natural de hecho, insistencia, o detencion cõ otro que no la tenga, aunque possea como quisiere se le à de manutener, y no al tal posseedor: como bien notò el señor Presidente Couarrubias practicarum, cap. 17. num. 5 vers. ego veró, Seraphino decis. 299. num. 8. ex multis Menochio de retinenda possessione, remedio vltimo, nu. 17. pluribus relatis, Postio de manutenendo, obseruatione 16. á num. 26. Y la razon politica es aduertir, que como el fin de las partes es el vso, y manejo de la cosa sobre q̃ contienden, sin el qual la possessiõ, y aun el dominio son de poca vtilidad. porque como dixo el otro Poeta:

Quid mihi diuitiæ, si non conceditur vti?

y este no se puede conseguir estando otro en esta actual insistencia, o detencion, de ordinario impacientemente la procuran, vnos sin querer acudir a quien tiene la autoridad publica, que les apodere della: otros auiendo acudido a el, sin aguardar su determiuacion; vnde necessè est oriri iurgia, contentiones, & scandala, que se euitan con este sumarissimo remedio; mediante el qual se consigue, que, *is, qui rem detinere tempore litis motæ reperitur, illi insistat, alter veró à molestia desistens causæ possessoriæ exitum expectet:* como dixo Menochio de retinenda possessione, remedio 3. nu.

3.*num.* 12. Cancerio *lib.* 3. *variarum, cap,* 14. *à nu.* 3. optimè Iosephus de Sesse de inhibitione in anacephalæosi, à nu. 136. & melius cap. 6. §. 1. à n. 40. De q̃ procede, q̃ como la question de derecho necessita para su determinaciõ del examẽ, y forma judicial, que no se acomodan con la breuedad q̃ pide este remedio, no se obserua, y lo que principalmente se cõsidera en el, es lo mas facil de ajustar, que es el desnudo hecho, ja material possession, o insistencia, y esse obtiene y prefiere que se halla en ella: resoluiolo assi ex pluribus la Rota apud Farinatiũ in posthumis, *tom.* 2. *decisione* 496. *num.* 6. *in hoc tamen summarissimo possessorio* (dize) *attenditur locum factum, nec quæritur de iustitia, vel iniustitia possessionis.* El lugar de Paz, *cap.* 10. *de tenuta, num.* 7. lo cõprehendio todo en pocas palabras, donde tratando deste interdicto, concluyò: *Iudicẽ debere examinare summatim quis sit in possessione actuali, non tamen de eius iustificatione inquirere, cùm sufficiat nudum nomen actualis possessoris ad obtinendum in hoc interdicto*: addo Ramon. *cons.* 97. *num.* 17. *qui plures congerit.*

14 Y para explicar, y ponderar los DD. esta precision del hecho, de lo corporal, de lo actual, a que principalmente se ha de entender en la determinacion de esta controuersia, su humido radical le llamò Sesse, *de inhibitione, cap.* 6. §. 1 *num.* 70. sin mescla de lo juridico, y formal, no se cõtentan con dar a este remedio diuersos nombres, que cõ propriedad lo significan: de quibus latè Poitio, *de manutenendo, obseruatione* 3. *per totam,* a quien intitulò, *de varijs mãdati de manutenendo nominationibus*, entre los quales no es de mal gusto el de Iband. Bardaxi, *ad foros Aragonũ, titulo de apprehensionibus,* 3. *p. q.* 3. *num.* 3. que le llamò *possessorium inferius*: ni el de Sesse *tractatu de inhibitionibus in anacephaleosi, num* 159. que le llamò, *remedium præseruatiuum non curatiuum, &c.* sino que tambien se los dieron a lo constitutiuo del, a lo que principalmente mira; y assi vnos le llaman, *merũ factũ,* y otros, *asinina possessio,* otros *insistencia,* otros *detentacion,* y otros, *vltimo estado,* otros, *irracional possession,* teste Couarru. *in practicis, c.* 17. *n.* 5. Francis. Milanes *decis. Ceciliæ,* 3. *n.* 196 Menoc. *de retinẽda possessione, in medio,* 3. *n.* 12. Paz *de tenuta, c.* 9 *n.* 3. *to,* 1. Mascar. *de probationib. cõclus.* 1210.

num.4, Salgado, *de regia protectione, tom.2. parte 3. cap,12. nu.* 3, Fontanela, *de pactis nuptialibus, tom.2.clausula 7.glossa 3. parte 10.num 72.* Iosepho de Sesse *decis. Aragonis 260. num. 2.tom.3. & de inhibitionibus, cap. 6.§,1.á num,40.*

15 Dedonde concluyen, que en este possessorio sumario no ay que mirar si es, o no verdadera la possessiõ, si es justa, o injusta; si el posseedor tiene mala, o buena fè, ni otro algun requisito, sino ajustar en que estado estauan quando se mouio la contienda, o quando el pleito se començò, para que en el se conseruen hasta que se concluya, y determine. Probò latamente esto Salgado con copiosa alegacion de Doctores, *de regia protectione, tom.2, lib.3.cap. 12. á num.3.* Rota apud Farin. *in posthumis, tom.2.decis.496.* y apretolo tanto Paz *de tenuta, cap.9 num.7.* con Francisco Milanes, *decis.1.num.80.* que afirmô, *vt etiam si quis propter metum, quem in iudicem, vel in aduersarium intulit possessionem occupauerit, in ea tenendus sit lite pendenti*: es verdad que no dixo menos el señor Presidente Couarrubias, *dicto cap.17.n. 5.* donde preguntandole, quid erit, si nos encontrasemos con vn violento posseedor? Responde: *Erit agendum contra illũ remedijs possessorijs, nempè vnde vi, aut vti possidetis*: no empero retardarle la manutencion. Cerremos esto con lo q̃ dixo Cancerio ex alijs, quos citat *lib.3. variarum, cap.14.n. 46.* que es notable ponderacion, nempè: *Possessorem in iudicio possessorio debere obtinere, licet ex probatione sola, quam fecit in dicto iudicio possessorio appareat, debere succumbere in petitorio, eo quod aliud sit proprietas, aliud possessio.* Quid plura?

Ajustanse los requisitos necessarios sin el sumarissimo de la ley infra Cod. de edicto diui Adriani tollendo.

16 En quanto al sumarissimo de la *ley final, C. de edicto diui Adriani tollendo*, paulo aliter se res habet, como doctamente considerô Menoquio *cons.621.num.6.* mayormente notando dos cosas para ajustar su inteligencia: la vna, que en este interdicto se dan dos juizios, como despues de muchos enseña Cancerio *cons.2. num.2. pluribus relatis*, Castillo *lib.3.quotidianarum, cap.24.num.88.* el primero de que se trata en el principio de la dicha lay, vers. *sancimus*, tan sumario y executiuo, que no sufre el sumarissimo ordinario, quod *interim*, apelamus, como con muchos resoluio Cancerio, *dicto cons.2.num.13* ibi: *Et cum sit summarissimum, in eo non datur interdictum interim, iudicium siquidem summarissimum*

mum dictæ legis importat idem quod in alijs possessorijs iudicium interim, & ita est summarissimum, vt eodem tempore esset negotium super vtroque terminandum. Y si dixo el señor don Iuan del Castillo con muchos que alega, *lib. 3, quotidianarum, cap. 24 num. 88. Esse remedium dictæ legis summarium, & executiuum, ac celeriter, & de plano expediendum, & sine figura iudicij, quia celeritatem desiderat, &c.* que es lo mismo que del interin queda apuntado. Y notò Menochio en lo que escriuio de el al *nu. 24.* q̃ dando *I*ustiniano en la dicha l: fin. execucion al testamento, corrigio el derecho comun, en el qual *instrumenta nullatenus habebant executionem paratam.* El segundo juizio es el que se contiene en el *§. fin autem,* el qual no solo es possessorio plenario, y q̃ ordinariè debet tractari, empero es fuerça mesclarse en el la causa de la propriedad, como expressamẽte lo dixo el mismo texto, ibi: *Tũc in iudicio competenti causæ in possessionem missionis, & subsequutæ contradictionis ventilentur, & ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit.* Y lo notan en el comunmẽte los Doctores.

17 Lo segũdo se nota, que aunque este remedio en su primera inspeccion mira a adquirir la possessiõ, como el mismo texto lo apunta, ibi: *mittatur quidam in possessionem, &c.* que romanceô la ley de el Reyno *segunda, tit. 14, partita 6. debele meter in possession, &c.* Y asi los Doctores, y *M*enochio, que latissimamente discurrio en el, le ponen entre los interdictos adipiscendæ possessionis; secundariamẽte tambien se estiende a conseruar y manutener el heredero en la possession, que quomodocumq; obtuuo, si ab aliquo forsan timeat molestari; formô question desto Menoquio, que es la 44. *de adipiscenda possessione, remedio 4. nu. 148.* en la qual *ex receptissima Doctorum sententia,* lo resuelue asi con muchos, a quien cita y sigue. Enseñò lo mismo el señor don Iuan del Castillo, *dicto cap. 24. á num. 83.* Mieres, *qui etiam plures allegat de maioratu, 3. p. q. 16.* Cancerio *dicto cons. 2. num. 2.* ibi; *Potest siquidem remedium dictæ legis finalis intentari, ne dum pro adipiscenda possessione, se & pro confirmanda:* donde junta gran copia de Doctores latè, & ex multis Ramon *cons. 79 num. 9. tit. 1.*

18 His ita prælibatis, en este sumarisimo possessorio de la

ley

ley *fin, C. de ædicto diui Adriaui tollendo*, no basta la possession sola, si con ella no se presenta el titulo, que es el testamento de aquel a quien se pretende suceder, y asi lo pide por condicion Iustiniano en la misma ley, in principio, *sancimus*, dize: *Si quis ex asse, vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit, non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacumque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vitupcratione appareat, mittatur quidem in possessionem, &c.* De donde infirio Menochio en el nu. 24. como queda apuntado, que lo executiuo deste remedio se le concedio al testamento. Y en el cons. 721, *tom. 7.* aduertidamente nota, que en esto se diferencia el remedio del sumarissimo ordinario del interin, en el qual solo se atiēde a la possession, o detentacion; diferencia que apuntó Gutierrez *lib. 1. Canonicarum, cap.* 34. *num.* 99. y la explica bien Cancerio, *dicto cons. 2. nu*, 28, que alega a Iuan Baptista Georgio, al señor Presidente Couarrubias, y a otros Doctores.

Concluyese competir a la señora Duquesa el remedio del interin.

19 Ajustado pues, lo que requiere el vno, y el otro possessorio, elucet iam luce meridiana clarior, la justicia de la señora Duquesa en qualquiera de los dos possessorios q̄ se quiera considerar, y la justificacion tambien del auto del acompañado, que la mandó manutener; porque en quanto a la insistencia Real, possession actual, o detentacion, que es lo que pide el sumarissimo ordinario, es tan innegable estar en ella su Excelencia, que ingenuamente lo confessaron a la vista deste pleito los Abogados contrarios, escusando uer las probanças. Es verdad que en esto hizieron muy poco, estando plenissimamente probado por todos los medios posibles: porque ay lo primero, la possession, que por mandado del Iuez se dio a su Excelencia y al señor Merques de Villanueua por su poder de los bienes de la herencia, y en particular desta Alcaidia, que es el mas concluyente modo de probarla, iuxta ea, quæ latissimè traddit Postius, *de manutenendo, obseruatione 12. pcr totam*: y los actos que para ello hizo fue, entrarse en los mismos Alcaçares, que es el modo mas eficaz, para aprehender la possession: ex traditis ab ipso Postio, *obseruatione* 21. a quien intitulô, *de ingressu in ipsam rē*, entregarse en las llaues de la puerta principal, que es el medio

mas

mas adequado para hazer se posseedor de vna alcaidia, o tenencia, vt idem author latè ostendit, *obseruatione* 22. cui titulus, *de tradditione, & receptione clauium*, nombró teniente, porteros, guardas, y demas ministros, que es otro medio muy eficaz de adquirir, y probar possession · de quo Postius post alios *obseruatione* 24. *a n*. 35. lugares magistrales, y copiosos, que nos escusan de alegar otros.

20 Demas desta especie de probança, tan concluyente como se ha visto, tenemos otras dos tales, que qualquiera es bastante para vn possessorio ordinario, quanto y mas para vn sumarissimo, en que tuuieron por concluyente muchos Doctores la asercion jurada de vn testigo solo teste Menochio *de retinenda, remedio vltimo, num*. 34. Surdus *cons*, 75. *num*. 38. *lib*. 1, Farinat. *de testibus, quæst*. 63. *nu*. 31. La primera se compone de las deposiciones de muchos testigos, no solo mayores de toda excepcion, sino de conocida calidad, y verdad, que contestes deponen, como la señora Duquesa desde que tomô la possession, hasta oy, por las personas de su Teniente, y demas ministros, estâ en la real, y actual possession deste ofiio, teniendo la guarda, y custodia de los Alcaçares, vsando la jurisdicion que en ellos se exerce, cobrando sus rentas, pagando los juros en ellas situados, ordenando las labores y beneficios que en ellos se obran, y gozando sus preeminencias, como lo solia hazer el señor don Gaspar de Guzman, que sea en gloria, que es a la letra la forma con que han de deponer para hazer plena y concluyente probança, iuxta notata *in l*. 2. *Cod, de acquirenda possessione*, Rota diuersorum, *decisi*. 506, *num*. 4. *parte* 1, & apud Postium, *tractatu de manutenendo decis*. 253. *nu*. 2. & apud Farinatium *in posthumis, tom*. 1. *decis*. 323. *num*. 1. La segunda se compone de diuersos testimonios, sacados con mãdamiẽto del juez, y citation dela parte contraria; de algunos actos de possessiõ, como son pleitos, de que ha conocido el Teniente, puesto por su Excelencia, cobranças, y pagas, que a hecho su Tesorero, assi a los Iuristas, como a los obreros, y oficiales, que trabajã en ellos, que todos prueban plenamente la possession: ex eodem Postio *obseruatione* 31. *num*. 16. *y* 21. con muchos q̃ cita: por manera, que en quanto a este interdicto, la pro

bança es ſobradiſsima.

Concluyeſe cō petir a la ſeñora Duqueſa la manutencion en el ſumariſsimo de la ley fin.

21 En quanto al de la *ley fin. Cod. de edicto diui Adriani tollendo*: aun es mayor, pues demas de tener la que ſe ha referido, eſtá preſentado el teſtamento del ſeñor don Gaſpar de Guzman, en que inſtituye por ſu heredera vniuerſal a la ſeñora Duqueſa, que es el titulo, que como queda apuntado, pide eſte remedio, mas que el comun ſumariſsimo. Y ſi no contentandoſe con eſto, ſe nos pidieſſen los diez requiſitos, que alguos quieren dezir ſon neceſſarios para obtener en el: prout latè eos refert, deſpues de muchos q̃ cita el ſeñor don Iuan del Caſtillo, *lib.* 3. *quotidianarū, cap*, 24. *à nu.* 132. facilmente nos allanamreos a ellos; porque la ſeñora Duqueſa ſe halla *heres ſcripta in teſtamento*, que es el primero, y el dicho teſtamento ſe halla *preſentado ante el juez*, que es el ſegundo: *item, es ſolemne, & nulla ſui parte cancellatum, neque abolitum*, que es el tercero. *Los bienes, y en particular la Alcaidia ſe poſſeyeron por el ſeñor Conde Duque don Gaſpar de Guzman haſta que murio*, que es el quarto. *Conſta de la muerte de ſu Excelencia*, que es el quinto. *La heredera no los poſ ia haſta que intentó el interdicto de la ley final*, que es el ſexto. *Fue competente el juez para mandar ſe dieſſe la poſſeſsion*, por hallarſe en Seuilla, y ſu termino, de donde ſu Excelencia era vezino, muchos de los bienes de la herencia: que es el ſeptimo. *Tomoſe razon en el proceſſo de los autos, que huuo deſta poſſeſsion*, que es el octauo. *Los bienes à nemine poſsidebantur*, como probaremos deſpues, que es el noueno. Y en quanto al decimo, que es *la citacion de la parte*, no fue neceſſaria porque la poſſeſsion de ellos ſe pidio ſimpliciter, ſin nombrar intereſſado, ni entender que pudiera auerle, cō que es eſcuſada la citacion: prout latè ex multis probat Menochius, *de adipiſcenda poſſeſsione, remedio* 4. *numer*, 465. & 468. Por manera, que quando no eſtuuieramos en terminos de poſſeſsione quęſita, ſino de poſſeſsione quærēda: y quādo no trataramos del poſſeſſorio ſumariſsimo, ſino de el plenario, era llana nueſtra pretenſion.

SEGVNDA

SEGVNDA PARTE.

22 TOCA a esta segunda parte responder a lo que por el señor don Luys Mendez deHaro se nos opone, o por mejor dezir, se nos pudiera oponer, que se reduce a quatro objeciones, las dos primeras miran principalmēte al sumarissimo possessorio ordinario: y las otras dos al de la ley *fin. Cod. de edicto diui Adriani tollendo.* La primera es dezir, que luego que murio el señor don Gaspar de Guzman, por ministerio de la ley 45. de Toro, se adquirio al señor don Luys Mendez de Haro la possession ciuil, deste oficio, como vnido, e incorporado a la casa de Oliuares, en que sucedio; y que assi la possession, que despues la señora Duquesa tomò del, como heredera, no lo es, sino molestia, y perturbacion, con que en concurso con la de su Excelencia, no puede ser manutenida.

Proponense los fundamentos de la parte contraria, cō que impugna la manutencion que pide la señora Duquesa.

23 Lo segundo, se dize por la parte contraria, que la ley de Toro no solo transfiere la possession de los bienes del mayorazgo en el sucessor del, sino que impugna la que de ellos tiene qualquiera otro tercero. De que resulta, q̄ la que obtuuo la señora Duquesa tiene cōtra si la presuncion y resistencia del derecho, con que no se puede manutener.

24 Sea la tercera, auer se dado la possession a la señora Duquesa, con la clausula ordinaria, nempê, *sin perjuizio de tercero, &c.* con que fue condicional: y assi auiendo salido tercero, a quien se prejudica, que es el señor don Luys de Haro, y su mayorazgo, se resuelue y desvanece, de forma que no es manutenible, ni obra efecto alguno.

25 La quarta y vltima objecion, es, constar por los mismos titulos y mercedes, que se han presentado ser este oficio vinculado, y de la casa y mayorazgo de Oliuares, con tanta euidencia, que la señora Duquesa en la carta missiua, que está en los autos, escrita al señor don Luy de Haro, confiessa, que solo pretende assegurar los cincuenta mil ducados que sobre el podia imponer el señor don Gaspar de Guzman. Con que contra la disposicion del derecho, y de la misma ley final, *C. de edicto diui Adriani tollendo*, que no permite la manutencion que pedimos.

Estos

Respondese a la primera objecion

26 Estos son los fundamentos con que la parte contraria puede impugnar nuestra pretension. Algunos de los quales se an tocado por sus abogados en los escritos, e informes; verùm enim verò, con ellos, neque præmimur, neq; opprimimur, porque todos tienen corriente y facil satisfacion, por vno, y por muchos medios: con la qual quedarà mas llana y notoria la justicia de la señora Duquesa. Y en quanto al primer argumento, ingenuamente confessamos, legẽ citius operari quàm homo, principio que se deduce de la ley *si optio 13. ff. de optione legata*, de la ley *Iulianus 86. ff. de conditionibus, & demonstrationibus*, y otros textos: y assi quando la ley continua la possession, no se dà interualo, como con Baldo en el *cons. 454. ante finem lib. 1.* notò Statilio Pacifico de Saluiano *interdicto, inspectione 3. cap. 2. num. 357.* De que se infiere, que por mas prisa que se dè el heredero escrito a aprehender la possession delos bienes de quien le instituyò, si entre ellos ay algunos vinculados, no puede preuenir la que dellos por la *ley 45. de Toro*, hodie *l. 8. tit. 7. lib. 5. cõpilationis*, se transfiere en el successor. Pero es de aduertir, que esta possession, a quiẽ los Doctores llaman *translatitia*, quia ministerio iuris transfertur, no es la real, y actual, a la qual vtpotè quæ in facto consistit, no se estiende la virtud de la ley, como bien dixo Molina *lib. 3. cap. 12. num. 22.* y lo probò latamente don Christoual de Paz, *1. tomo, de tenuta, cap. 10. à num. 30.* præcipuè *num. 31.* ibi: *Eadem itaque ratione dicendum est legem nostram statim mortuo vltimo possessore vtramque possessionem transfundere potuisse in verum successorem, effectum tamen actualem, & realem fieri non posse, vt lex transtulerit, nam, vt quod semel factum est, infectũ ex legis dispositione fieri nequit, ita & quod factum veré nunquam fuit, vt pro facto habeatur lex facere non potest. factum enim, vel non factum subiacet veritati, & non potestati legis*: addendus Sesse *decis. 331. num. 3. tom. 3.* Dedonde dixo Postio con otros que cita en la obseruacion 72. n. 9. *Quod potest apud vnum esse actualis, & realis detentio, & apprehẽsio, & apud alium naturalis, & ciuilis possessio ex legali ministerio, & translatione*, tan independentes la vna de la otra; y a este proposito dixo Azebedo tambien en la dicha ley 8. *tit. 7. lib. 5. compilationis, num. 22. Quod hæc duo remedia adipiscendæ*

piscendæ, & retinendæ simul intentari possunt diuersis respectibus, id est, respectu diuersarum possessionum, scilicet retinendæ respectu huius ciuilis, seu ciuilissimæ possessionis, adipiscendæ respectu naturalis possessionis, aut detentionis. De modo que con la ciuil, y natural dela ley 45. de Toro no se trãsfiere la actual.

27 De donde procede, que como para la manutencion en este possessorio sumarissimo solo se considera la insistencia actual, el mero hecho, la detentacion, el vltimo estado, &c. no la possession, ni là justicia, o injusticia de ella, quando concurren el que tiene la actual possession, &c. con el que tiene la ciuil, y natural translaticia, se le prefiere en la manutencion: es excelente lugar el consejo de Ramon 97. tomo 1. porque la donacion que refiere en el, se hizo con clausula de constituto, por la qual, aunque ministerio juris, se adquiere al donatario la possession ciuil, y natural, *ex l. quod meo, ff. de adquirenda possessione*, cui addo Tiraquelum, *de iure constituti, parte* 1. *num.* 2. & 4 Surdum *cons.* 481. *num.* 6. Rotam, *diuersorum, decis.* 549. *num.* 1. *parte* 1. y tuuo tambien reseruacion de vsufructu, cõ que assi mismo se adquirio al donatario el dominio, y la possessio n, *l. quisquis, C. de donationibus*: Rota, *apud Postium de manutenend o decisione* 85. *num.* 2., & *decis.* 58. *num.* 2. y con todo esso, porq̃ la muger del q̃ donò, eo vita fũcto, cobrò los reditos de los bienes donados, y se puso en la real insistẽcia de ellos, fue manutenida en este sumarissimo juyzio por todo el Senado de Cataluña. Aun mas apretado es el caso de Ybando Bardaxi, tractatu de aprehensionibus in foro 23. à nu. 7. donde pretendierõ ser manutenidos por el sumarissimo del interin, el comprador de vn fundo, en cuyo fauor en la escritura de venta el vendedor puso la clausula del cõstituto, con que se le adquirio la possession ciuil, y natural, juxta traddita superius: y el vendedor, a quien solo quedò la insistencia real, y actual del tal fundo, y llegando a la determinacion dixo: *Et per istum verbum ser en possesion, succubuit emptor, nondum missus in possessionem, & obtinere non potuit contra venditorem, non obstante clausula constituti, quia illa non iuuat in hoc articulo, ex quo per ista verba consideratur vera existentia in possessione, quia vt dictum est, hic articulus de eo agit, vt conseruetur status, qui est tempore motæ litis, & sic iudicare talẽ*

qualem inuenero, secundum facti contingentiam, &c. El lugar de Ioseph de Sesse *decisione* 331. *num.* 3. *tomo* 3. tambien es bueno, donde hablando en terminos del fuero de Aragõ, por el qual se manda, que *stetur chartæ*, lleua, que se podra obtener en este juizio possessorio, si se dâ facultad para ello en el instrumento, etiamsi de facto possessio non fuerit apprehensa; *Et hoc* (dize) *quia stamus chartæ, non quia habeat possessionem, & insistentiam, quæ requiruntur ad obtinendum in lite pẽdenti)* assi llaman alla a este juizio) *quæ non transit, licet dicatur in instrumento, quia quæ facti sunt non transeunt sine facto nostro, licet secus in possessione, quæ est iuris, sed quia stamus chartæ, & charta hoc narrat, &c. hinc est, quod licet in charta adsit clausula præcarij, constituti, & similium, non poterit quis cum illis obtinere in lite pendenti, & tenuta; & ratio est, quia in isto articulo obtinetur propter insistentiam, & nudam detentationem, hæc autem non transeunt per instrumentum, quia est contra naturam, vt quod ego detineo, tu etiam detineas, &c.*

28 Vnde notatur Fontanela vir alioquin non mediocriter doctus, quod parum consequenter locutus fuerit, 2. tomo, *de pactis nuptialibus, clausula 7. gloss. 3. parte 10. num. 30.* donde disputando si la muger, que conforme al estatuto de Cataluña, muerto el marido, sucede en la possession ciuil, y natural de los bienes en resguardo de su dote, se preferirà en el sumarissimo del interin a el que actualmente aprehendio la possession, quiere que se prefiera, *nisi alius, qui de facto possessionem accepit potiora iura habeat*: en que da a entender, que en este sumarissimo possessorio se ha de disputar la question de derecho, cõtra el sentir de todos los Doctores, y la naturaleza deste juyzio. Y mouiose a ello por lo que escriue Francisco Milanès, a quien alaba mucho en la decision de Sicilia 3. siendo assi, que el mismo Milanès confiessa, que va hablando en terminos de su estatuto, y no en los que habla el señor Presidente Couarrubias; euitando con esto su resolucion, vt videre est nu. 193. ibi: *Non diffitendo, quòd Couarrubias dicto cap. 17. practicarum quæstionum visum est velle contrarium, quàm vsus Regni Frantiæ, asseruitq; in statuto Hispano se defensurum, detinentem interim.* Et rursus 196. n. ibi: *Nec obstare ea, quæ allegata fuerũt de natura istius possessorij summarissimi, quod non attendatur possessoris*

ius

iustitia, vel iniustitia. etiam quod dicatur possessio asinaria, & non aperit viam iuris, sed viam facti, quia non procedunt stante statuto, & si legantur, in contrarium allegata, non loquuntur in terminis nostri statuti, nec obstare Couarrubias solùm, & non aduertens ad verba statuti, & sic ex solo statuti beneficio debet Ducissa obtinere, &c.

29 Ex his facilmente se infiere, que aunque concedamos (como en la objecion se supone) que el señor don Luys de Haro sucedio en la casa y estado de Oliuares, *de quo non constat*: y concedamos, que este oficio se vinculò, y agregó inseparablemente a ella, por la cedula del año de 623. *licet contrarium sit verius*: y digamos tambien, que sin embargo de la cedula del año de 627. toda via perseuerô enla dicha anexion (*quod nemo non negabit*) lo que su Excelencia tẽdra en este oficio, despues de auer ajustado estos tres supuestos (de que trataremos en su lugar) serà vna possessiõ ciuil, y natural translaticia, que llamã ciuilissima los Doctores, que ni impide, que la Duquesa mi señora estè en la actual, ni en concurso con ella; puede ser en este juizio manutenida. conforme las resoluciones referidas. Y porque no falte quien en terminos indiuiduales de la ley 45. de Toro lo diga, alegamos al señor Presidente Couarrubias *dicto cap. 17. practicarum, num 5. ad finem*, ibi: *At si quis habeat ciuilem possessionem tantum nondum nactus naturalem, poterit hoc interdictum petere, pendente lite, aduersus eum, qui non est in rerum corporali possessione, quod erit itidem obseruandum, ad l. 45. Tauri, hodie l. 8. tit. 7. lib. 5. recopilationis, cuius ipse memini, &c.* Siguio esto mismo Azeuedo, *in dicta l. 8. num. 29* ibi: *Quartum autẽ remedium, quod interim vocatur, de quo loquitur Couarrub. practicarum quæstionum, cap. 17. non solum non competit huic ciuilissimo possessori, verùm neque ciuili*: y alega a Rebufo, Guido Pape, y otros, problacamente esta resolucion Paz *de tenuta, cap. 9 tom. 1. á nu. 5.* ibi: *Consequens itaque est, vt dum verus successor, & iustus possessor pronuntiatur, tueatur ille, qui saltim erat in detẽtione, & possessione actuali, cum ad interim interdictum non debeat attendi legalis translatio, quæ ipso iure in verum successorem possessionem transfert, sed realis detentio.* Con que en breues palabras respondio a la objecion.

30 Rursus, respondemos tambien, que aqui la señora Duquesa

quesa, segun dexamos notado, litiga como heredera del señor Conde Duque, y assi funda su manutencion no solo en la possession, o detentaciō en que està; aunque como emos visto, es bastante, sino en la assistencia del derecho, que tiene tambien; qualidad tā considerable, q̄ afirman muchos Doctores, que a quien la tuuiere en su fauor se le ha de dar en todo caso la manutencion: refierelos latissimamente Postio, *de manutentionibus, obseruatione 45. per totā*, a quien intitulò: *an & quando ex sola assistentia iuris communis debeatur manutentio?* La qual no solo falta al señor don Luys de Haro, empero tiene por el contrario la presunciō del derecho contra si, conforme la resoluciō de Melchior Loter, que discurrio muy bien en este punto, *de re beneficiaria, lib. 2. quæst. 45. á num. 19. Non assistere autem, tunc ius intelligitur* (dize) *non solùm quando nihil disponit, sed etiam quando disponit assistendo alteri; hoc enim casu inducit quidem iuris præsumptionem pro eo, cui assistit: ac proinde actus ille, qui geritur, habet quidem præsumptionem iuris contra se.* Y exemplificando los Doctores las personas que tienen esta assistēcia, de los primeros que expressan es el heredero, quando contiende con el fideicommissario, porque entonces tiene por si el principio vulgar de la ley *altius*, *C. de seruitutibus, & aqua*: por el qual, *omnia bona libera præsumuntur non fideicommisso alligata*: y el fideicōmissario tiene cōtra si esta presuncion, de q̄ los bienes son libres, y no vinculados, como quiere, prout pluribus probat *Cancerius consi. 2. á num. 17.* cui addo Fuluiū Lanarium, *in additionibus ad Ioannem Antonium Lanariū tractatu de fœudis, in repetitione, §. si quis per triginta, num. 83. qui latè rem prosequitur.*

31 De donde resulta, que concurriendo en este sumarissimo possessorio del Interin, el heredero aunque no aya tomado la possession, con el fideicommissario aunque la aya tomado, se dà al heredero, o se manutiene en ella, por assistirle el derecho, y se excluye el fideicommissario; si ya no es, que muestra vn titulo tan llano, y tan euidente, q̄ nulla potest in eo cadere dubitatio. Contentome aora (porq̄ despues se ha de apretar mas este punto en la respuesta a la quarta objecion) con alegar este *consi. 2.* de Cancerio, q es decisiuo deste pleito aun en mas apretados terminos,

donde

donde lo resuelue assi con muchos Doctores que cita.

32 De los mismos principios que se han referido se deduce la primera repuesta a la segunda objecion: porq̃ aunque sea assi, que la resistencia del derecho, quando es fuerte, impida la manutencion; ex multis, quos citat Postius obseruatione 44. num. 12, Ludouisius decis. 370 num. 7. & ibi Beltraminius num. 10. y que la ley 45. de Toro resiste, e impugna la possession de los bienes vinculados, que estuuierẽ en qualquiera tercero, ibi: *Aunq̃ otro aya tomado la possession dellos, &c.* Esto se entiende estã do en terminos de la dicha ley, videlicet, ajustandose q̃ los bienes son vinculados, que el tenedor del mayorazgo sea muerto, y que el que contiende sea el que conforme a la fundacion sucede en el: requisitos que la dicha ley pide, o por mejor dezir supone, como en ella notan los Regnicolas todos, y mejor el señor Luys de Molina, que cita muchos, *lib. 3. cap. 13. num. 10. 44 y 45.* Lo qual como pida vn juizio no solo plenario possessorio, sino que ad mixtam habeat proprietatis causam: a la qual mucho desto pertenece, como el mismo autor notó en el num. 9 y *Paz de tenuta cap. 9. num. 13*, ni se aplica al sumarissimo possessorio, en el qual solo se mira, quis detentet, in quo statu res sint temporè litis motæ, ni impide la manutencion al que se halla actual posseedor: assi discurrio la Rota, en la decision 523. en las posthumas de Farinacio, tomo 1. donde en el num. 3, dize: *Et licet propter decretum irritans, quod inficit possessionem prætensio possit trahi ad possessionem, & tamen hoc erit respectu possessorij ordinarij, siquidem cum decretum irritans sit accessorium, & ita demum operetur si intrat constitutio, cui adhæret Geminianus, & Francus in cap. præsenti, num. 2. de officio legat in 6. Gabriel tit. de clausulis, conclusione 3 num. 85. Rota in causa Oriolens decimarum 19. Iunij 1592, non enim potest dici contra ventum constitutioni nisi videatur, an casus comprehendatur in constitutione? sequitur, quod tanquam habens annexam cognitionem negotij principalis dicatur possessorium ordinarium, Castro cons. 3, num. 4, lib. 1, & 2, Beroyo cons. 1, num. 3, & 4, lib. 1, & perinde non retardat manutentionem, vt in simili de statuto continuã*

dæ possessionis defuncti iu hæredem, quod scilicet habeat ad mixtam causam proprietatis, & non impediat manutentionem, dum disputatur, an intret statutum? &c. Esto mismo resoluio dō Christoual de Paz *de tenuta, cap.* 10, *num.* 7, ibi; *Quæ doctrina casui nostro acōmodatur, nam quamuis ille, qui tenutam proponit verus successor resultaret, & in eum dicta lex ciuilem, & naturalem possessionem transtulerit, & sola actualis apud reum conuentum sit, manutenendus est, secundum prædictam doctrinam, qui in possessione actuali constitutus est, dum lis possessoria definitur, cum dubij sim9 de vero possessore, & successore quousque sententia declaret, &c.* De donde saco por resolucion Postio, *obseruatione* 46, *num* 15, *quod possessio vitiatur, & inficitur quando est certum, quòd intret dispositio, in qua decretum irritās est, & sic iustificata, alias dum dubitatur, an intret, vel non, possessor est manutenendus in sua possessione, & detentatione.* Donde alega gran copia de Doctores, y remata en el nu 20. con dezir: *Et generaliter possessio, quæ est contra dispositionem legis constitutionis, vel statuti manutenibilis est, si illius dispositio dubia sit, vel validitas controuersa, &c.* El lugar de Fōtanela es bueno, de pactis nuptial. clausula 7. gloss. 3 parte 1, num 50. a quien sumo: *Possessio non dicitur translata in successorem in maioratu vigore statuti nisi doceant se esse successorem, & postquam id docuit.*

3 Procede esto con mas llaneza, quando el sumarissimo possessorio se intentô, introducido ya por ambas partes el juizio sobre el possessorio plenario, donde se à de tratar de la justicia de la possession, que entonces, *ne illius merita pandantur,* en vn juizio tan momentaneo como el del interin, aunque se oponga de resistentia iuris, no se deue admitir, ni tratar della. Resolucion es esta de Cancerio, *lib.* 3, *variarum, cap.* 14, *de manutentione, num.* 57. y lo mismo resoluio Postio, *de manutenendo, obseruatione* 44, *num.* 22. *Quod si inter partes principaliter disputetur* (dize) *an aliquis male quidpiam possideat, resistente iure municipale, vel communi, tunc ne pandantur merita causæ principalis, manutenetur quis in ea possessione, in qua erat, licet aliàs appareat ius, ei resistere.*

34 Y puedense aplicar estas doctrinas a ningun pleito mejor

mejor que a este, no solo porque en el se trata aora del sumarissimo possessorio no mas, y esta por ambas partes intentado el possessorio plenario, contradiziendo se la vna a la otra, que son los casos en q̃ hablan, sino por lo mucho que tiene que ajustar la parte del señor don Luys de Haro para ponerse en terminos de la ley 45. de Toro, y que su disposicion nos resista: lo qual ni es para este juizio, ni para el plenario tampoco, sino para el de la propriedad, y aun en el avrá bien q̃ hazer en ajustarlo, porque lo primero, siendo asi que su Magestad fue quien vinculô este oficio, y que su Excelencia conforme a su pretension viene a ser el primero llamado a el: offert se in ipso vestibulo vna questiõ bien reñida: *Vtrũ scilicet remedium possessorium ex d.l. 45. competat primo successessori*, en la qual el señor Luys de Molina (cuyas resoluciones en materia de mayorazgos son leyes que ex professo la tratò en el *lib, 3. cap. 13. á num, 40.* lleuò, que no le competia. siguiole el Padre Luys de Molina, *de iustitia, & iure tom. 3. disputatione 638. n. 2.* y Velazquez de Auendaño, que en materia de la dicha ley, omnium acclamatione, discurrio delgadamente, *glossa 3, â num, 3.* Y aunq̃ otros tuuieron lo contrario, siguiendo a Antonio Gomez, hablan quando el mayorazgo fue irreuocable, y quando el instituidor retuuo la possession en si, o la entregò al primer llamado en virtud de la fundacion, teste Paz *de tenuta cap. 25, per totum*, lo qual no se aplica biẽ a este caso, donde falta lo vno, y lo otro; y asi quando mas nos queramos acortar, es fuerça se confiesse, que el punto es controuerso, & perinde lo es si se transfirio, o no la posesion, con que entra el principio vulgar: *possessio turbida, quæ non est clara, sed intricata, vel offuscata, seu obscura, non est manutenibilis*: latè probat Postius *observatione 49, per totam.*

35 Y vencida esta question, tiene que ajustar otras tres bien dificultosas de resoluer en fauor de su Excelencia, q̃ miran al primer requisito de los q̃ apuntamos en el n. 32. La primera, a q̃ mayorazgo, o Casa del señor Conde Duque don Gaspar de Guzman se agregó este oficio

a la

a la *contentiua*, que viene a ser la de Oliuares; o a la *effectiua*, de que su Excelencia era fundador, y cabeça. La segunda, si aquellas palabras; *Para que quede, y estê perpetuamente vinculado y vnido por juro de heredad, &c.* inducen vinculo y mayorazgo preciso, o solamente vn llamamiento a la Casa del señor Conde Duque, como a heredera y sucesora en sus bienes, si la quisiese instituir: y ex suppositione, que lo fuese. La tercera, si en caso que por la cedula del año de 623, este oficio quedase vinculado en la casa de Oliuares por la del año de 627. salio, y se eximio della: de las quales diremos algo en la respuesta a la quarta objecion, donde tienen su lugar, y asi solo se le apuntan en este.

36 Rursus, demas de las referidas, tiene otras dos questiones que ajustar. La primera: sino auiendo hecho el pleito omenage, que la cedula del año de 623. pide, se le pudo transferir la possession de la ley 45. de Toro, quod nullus affirmare audebit: porque demas que esta diligencia ha de preceder a toda possession, como bien notò el señor don Iuan de Solorçano, *de iure Indiarũ tom.* 2, *lib.* 2. *cap.* 23. *num.* 9, omnino videndus: la misma cedula Real no dexò materia para dudarlo, porque tratando de la sucession en el dicho oficio, dize, que ha de ser *haziendo el pleito omenage que deuen, &c.* Y ya se sabe, que el ablatiuo obsoluto, y el gerundio inducen condicion, *l. á testatore cum vulgatis, ff. de conditionibus, & demonstrationibus*: y que, *conditione pendenti, non potest dici translata aliqua possessio, quæ valida sit*: prout pluribus relatis resoluit, his verbis Postius, *de manutenendo, decis.* 215, *a num.* 8. que habla en condicion puesta por ablatiuo absoluto como esta.

37 La otra es, como sin auer satisfecho a los bienes libres del señor Conde Duque don Gaspar de Guzman los cincuenta mil ducados, que su Magestad le permitio tomase sobre su Casa, y este oficio, para pagar sus deudas, o hazer lo q̃ quisiesse, puede dezirse, q̃ adquirio la possession de el; y que està en el caso de la ley 45. de Toro: porq̃ aunq̃ es asi, q̃ esta fue facultad que se dio al dicho

dicho señor Conde Duque, y que no vsò della indiuidua liter, ni hizo mas disposicion que vn poder, en que dà facultad a la Duquesa mi señora para que haga su testamento en la forma que tiene comunicado con su Excelencia, a quien deja por heredera, *en todos sus bienes, derechos y acciones.* Con todo esso como a tal heredera le pertenece la dicha cantidad, como bien probò Menochio en el *consil.* 210. que es lugar decisiuo deste punto: addo Vincentiũ de Franc. *decis.* 45. & *decis.* 60. vbi eius Additionator Nouarius plures alios congerit: latè Fontanela, *de pactis nuptialibus, tom.* 1. *clausula* 4. *glossa* 23. *à num.* 10. y como testamentaria tambien puede disponer della, como el dicho señor Conde Duque lo podia hazer: y assi entra la disposicion de la dicha cedula, en que se prohibe, que el successor en la Casa del dicho señor Conde Duque entre en este oficio, ni en la possession del hasta auer satisfecho, o impuesto a tributo esta cantidad. Ergo bien se dize, que tiene mucho que ajustar, para ponerse en terminos de la dicha ley: y que ni esto es para el sumarissimo possessorio, de que tratamos, ni ha de retardar su manutencion.

38 Lo segundo respondemos, que aunque se conceda, q̃ la repugnancia del derecho impida toda manutenciõ, etiam aquella que por el sumarissimo possessorio se obtiene: esto no procede quando el que está en la actual possession, no solo se funda en ella, sino tambien en algun titulo, o priuilegio que tenga, porque entonces mientras la controuersia se discute y se ajusta quien tiene mejor derecho, el posseedor actual se manutiene. Esta conclusion entre otros derechos, que se podian alegar, prueba bien el texto celebre, en el *cap.* 1. *vt lite pendenti nihil innouetur*, que es muy a proposito deste pleito, por el qual aunque a el Arçobispo de Euora resistia la disposicion del derecho, que prohibe a los Arçobispos traer Cruz delante de si en Arçobispado ageno, como lo era el de Canturia en Inglaterra, adonde el vsaua de ella: con todo esso porque afirmò que la podia traer por priuilegio de la Sede Apostolica, decide Alexandro 3.

author desta decretal, que continue su possessiõ: *Quousq; definitiua sententia discernatur, an Ecclesia tua de jure hoc debeat habere?* Donde aduirtio la glossa, verbo, *deferre: Nota quòd lite pendenti, non debet quis priuari sua possessione.* Y Panormitano, a quien siguen los ordinarios todos, dixo; *Nota quòd pendenti lite, super validitate priuilegij, seu an fuerit priuilegium concessum, vel non? priuari quis non debet, vel interdici vsu possessionis, vel quasi etiam si illa possessio sit contra ius.* Addo Postium, & ab eo relatos, de manutenendo, obseruatione 44. à num. 55.

39 Y dixe, que el texto es muy del proposito, porque cõ el satisfago de camino a vna instancia, que los Abogados contrarios hazen, en que mucho estriuan, diziendo, que su pretension es llana y corriente, vt potè fundada en la ley 45. de Toro, que tienen en su fauor, y en la cedula del año de 623. en que este oficio se vinculó, y q̃ assi la duda viene a estar en la cedula del año de 627. en que fundamos nuestra excepcion, con que no se les puede oponer, ni por ella impedirles la possession: porq̃ a esto respondemos, que procediera bien, si juntamente con la dicha cedula no tuuieramos la possession actual, empero teniendola, es de tanta eficacia, que titulada con qualquiera titulo, se manutiene hasta determinar lo que contra el se opone: como doctamente dixo el señor don Ioan de Solorçano, *de jure Indiarum, tom, 2. cap. 28. num. 46.* ibi: *Iustificare autem dicitur suam possessionem quoad hunc effectum retinẽdi commendam, qui titulum eius saltem coloratum ostenderit: nam adeo potens est possessio, maximè vbi per annos aliquod continuata reperitur, vt quis debeat in ea manuteneri ex titulo apparenti, licet non concludenti, donec iuditio proprietatis vincatur.* Esto es lo que decide, segun el sentir de todos los DD. el texto referido, en el qual el Arçobispo de Centuria tenia por si la regla, fundado en la prohibicion legal: y el de Euora excipiebat de priuilegio, quòd indigebat causæ cognitione. Sin embargo de lo qual el Pontifice le manutuuo: *Quousque diffinitiua sententia discernatur, an Ecclesia tua de iure hoc debeat habere?* Hasta que el pleito se acabase.

Es

40 Es deste argumento la ley 1 §. *si pendeat*, *ff. ad Senatusconsultum Macedonianum*; donde el acreedor, que pedia es emprestido, fundaua bien su intencion en el titulo *de rebus creditis*, y la excepcion del Macedoniano, que el deudor oponia, era dudosa, porque su padre apud hostes erat, y si boluiesse, *& sic recideret in eius potestatem Senatusconsulto locus est, sin minus cessat* (palabras son del texto) y con todo esso dize Vlpiano: *Interim ergo deneganda est actio*, que mientras se decide el caso, no ay que tratar de sacarle el dinero. Dedonde dixo Papiniano en la ley *sufficit* 56. *ff. de conditione indebiti*, que para fundar la condicion *indebiti*, basta que sea dudoso, si la excepcion que competia al que pagò, es temporal, o perpetua: y assi saco por conclusion Bartulo: *Dubia exceptionis perpetuæ causa dubitatione pendenti habet vim exceptionis perpetuæ.* : y Mariscoto resoluio en el lib. 2. de las varias, *cap.* 64. *nu.* 9 *Quod manutentio est concedenda, existenti in possessione exigendi, quãuis reprobatus sit contractus, cuius vigore exigit per duas sententias, á quibus fuit appellatum, & quod magis est, stante re iudicata, donec discutiatur negotium restitutionis in integrum.* Y la Rota en las *decisiones diuersorum, cap* 64. *num.* 1. *&* 2. concluyò: *Quod vbi deducitur in controuersiam validitas alicuius tituli, vel præcepti Papalis non debet quis pendente huiusmodi iuditio priuari commodo suæ possessionis.* Dando la razon el señor don Iuan de Solorçano, *de iure Indiarùm, cap.* 28. *tom.* 2. *num.* 49. dize: *Quia titulus etiam minus legitimus sufficit ad possidendum, quemadmodum contractus etiam nullus sufficit ad tansferendam possessionem, si eius virtute de facto apprehẽdatur*; como aqui se hizo en virtud de la cedula del año de 617.

41 Es verdad que algunos DD. deducen del dicho cap. 1. dos cosas, que es bien dexar apuntadas. La primera, q̃ no basta alegar titulo para vencer la resistencia del derecho, sino que es necessario exhibirlo: lo qual fundan en el *cap. cum personæ, de priuilegijs in* 6. que expressamente lo dize, ibi: *Si veró priuilegium per se sufficiens non exhibuerit*: Donde lo notaron los ordinarios, teste Philippo Francho: *Nota* (dize) *quod lite pendenti, non debet quis turbari, ve*

priuari

priuari possessione sua, etiam si possideat contra ius commune, dummodo talis possessio adiuta sit titulo, non solum a legato, sed etiam producto. Y Geminiano en el *num. 5. Vnde non potest ordinarius, pendenti tali articulo, turbare possessionem, sic adiutam titulo, non solum allegato, sed producto, vt hic*: addo pro multis Iosephus de Sesse, *de inhibitionibus, cap. 5. §. 10. per totum,* Ponte, *decis. 40, num. 3.* que habla en el juizio sumarissimo en que estamos.

42 La segunda es, que obrara lo mismo que la possessiõ titulada la que no fuere reciente, sino de muchos años, o continuada por los anteçessores, de suerte, que constituya a posseedor de buena fee al que se halla en ella: assi Innocencio en el *cap. 2. de restitutione in integrum, num. 5, vbi dicit; quòd non solum exhibitio tituli inducit præsumptionem, quod sit in bona fide, sed etiam longa possessio temporis, quod quãtum esse debeat relinquitur arbitrio iudicis*; latè Sesse *de inhibitionibus cap 5. §. 10, â nu, 5.* & omnium optimè Fuluuius Lanarius *in additionibus ad repetitiones fœudales Antonij Lanarij, ad § si per triginta, à num. 74.*

43 Y aunque pudieramos facilmente euitar lo vno, y lo otro, siguiendo a Postio, y gran copia de Doctores, que alega la obseruacion 44 per totam, y con la distincion, que alli haze, en orden a componer esta diuersidad de pareceres, entẽdiẽdo en sus casos las resoluciones referidas la justicia de la Duquesa mi señora, es tan exuberante, que por mas que nos permitamos apretar, toda via cederà a ella qualquiera oposiciõ, y assi nos ajustaremos a todas ellas. Y en esta conformidad aunque para excluir la resistencia que se nos opone, nos bastaua en este juyzio sumarissimo la presunciõ del derecho comũ, que nos assiste, scilicet, presumiendo que es libre, y no vinculado este oficio, como bien probò con Portoles, y otros que cita Iosephe de Sesse *de inhibitionibus, cap. 5, § 10. num. 75,* donde dize en nuestro mismo caso: *Verumtamen & est alia limitatio ad materiam, si ille, qui hanc declarationem petit, scilicet, vt conseruetur in ea possessione lite pendenti iuris communis præsumptionem habet pro se, & tunc debet conseruari in tali possessione, cui fauet præsumptio, licet ex aduerso ille,*

qui

qui obtinet iuris firmam, seu inhibitionem habeat pro se præuilegium, & in eo se fun lauerit, quorum ratio est, quia à pari procedit præuilegium, & possesio si adminiculata fuerit præsumptione. Con todo esso no nos valemos de sola ella, sino tambien de la cedula Real del año de 627, en que se declara ser este oficio bienes libres, y pertenecer al señor Cõde Duque don Gaspar de Guzman, y a quien quisiesse dexarlo. Y aunque bastaua alegar este titulo, como latamente probò Capicio, *en la decision Napolitana 189. per totam*, lo exhibimos, y presentamos, y la possesion se tomô en virtud del, siguiendo la rigurosa opiniõ de Iosepho de Sesse, y de los que dexamos citados.

44 Y lo que mas es, emos ajustado tambien, como esta possesion no es de aora, sino antigua desde que su Magestad hizo merced deste oficio al señor Conde Duque que sea en gloria, y como su Excelencia lo posseyò como libre hasta que murio: lo qual probamos por dos medios, que lo concluyen asi. El primero, con las certificaciones de las Contadurias de *Madrid*, y de Seuilla, por donde consta como en los libros que en ellas à auido, y ay, donde se ha tomado la razon de los bienes libres del dicho señor Conde Duque, entre las demas partidas dellos està la deste oficio, desde el año de 623. que su Magestad le hizo merced de el. Y porque ay duda, si estas partidas de libro prueban la possesion en fauor del dueño de el, de que tratan los DD. en la ley *exemplo, C. de probationibus*, y en la ley, *admonendi, ff. de iure iurando*: y es lo cierto la prueban, concurriendo otros adminiculos, como con Guido Pape, Pedro Surdo, la Rota, y otros probò Beltraminio, *en la addicion a la decision 79. de Ludouisio*: y Graciano, *disceptatione forensi 310. n. 61* y con ellos, y otros Postio *de manutenendo, obseruatione 35. à n. 32.* el qual exẽplificando los adminiculos, dize, *vt puta quia testes adessent de eadem possesione deponentes*, se presentaron testigos, no solo mayores de toda excepcion, sino de conocida calidad y verdad, que lo deponẽ asi, dando por razon vna bien concluyente, que es auerselo oido dezir asi a su Excelencia: Ex *qua enim cau*

sa quis possideat, statur declarationi voluntatis possidentis: palabras con que lo resoluio Marta, *cons. 7. num. 95.* a que añaden, que en esta conformidad tratando de hazer mayorazgo de sus bienes libres, lo incluia entre los demas que vinculaua: con que tambien declaraua el animo con que posseia: *Quid enim interest voluntatem suam declaret verbis, an rebus ipsis, vel factis:* a que ayuda la presuncion del derecho, por la qual *præsumitur quis possidere ex causa sibi magis vtili,* deducida de la ley *duo fratres, ff. de adquirenda hered.* vbi Angelus, Immola, y otros, ex pluribus Gratianus, *disceptatione Forensi 752. n. 25. tom. 4.* & ex Barthulo, Alexandro, & alijs Mantica *decis. 245. num. 8.* addo Martam *cons. 7 num. 96.* Surdum *cons. 391. num. 12.* y siendo assi que le era mas vtil posseer este oficio como bienes libres, que no vinculado, entra biẽ la dicha presuncion, y queda la probança plena.

45 El segundo medio es, porque quidquid fuerit antes del año de 627. y aunque confessemos, que su Excelencia el señor Conde Duque don Gaspar de Guzman, en conformidad de la cedula de el año de 623 posseyó este oficio por vinculado, adhuc desde que se expidio la cedula segunda, en que el, y las demas mercedes se declararon por bienes libres: necessario fatendum est, que lo posseyò por libre, considerando, que aunque conforme al principio vulgar de la ley *quod meo* 18. y de la ley 3. §. *illud, ff. de adquirenda possessione: Nemo potest causam sibi possessionis mutare,* como bien explicò Gofredo *en las notas al dicho §. illud:* esto se ha de entender, sino es que nueua causa, o nueuo titulo le sobreuenga, que exẽplificò Iuliano en la ley *non solum, §. 1. ff de vsucapionibus:* y no menos tambien nuestra ley 47: *tit.* 28, *partitæ* 3, ibi; *Logado auiendo algun ome, o emprestado, o encomendado a otro alguna su cosa, si despues desso le vendiesse, e le diesse aquella cosa misma, maguer estonce no estuuiesse la cosa delante, nin le apoderasse della, con todo esso gana el señorio della aquel a quien la vẽde, o la da:* vbi Gregorius, la razon da Bogloneto en la *l. 1. ff. de adquirenda possessione, nu, 313.* ibi: *Et est ratio, quia per superuenitẽtiam tituli noui superuenit alia persona, quæ habilita-*

negot

negotium, vt videatur ipsa traddere possessionem, & tunc nulla est inconuenientia, quod mutetur causa possessionis, cum non ipse, sed alter traddere videatur: addo Noguerol. *qui plures allegat consi. 25, num, 171.* Manticam *decisione 71. num. 1.* Rotã apud Farinatium *in posthumis, tom. 2, decisione 127, num, 5.*

46 Y para esto no ha menester, como los Abogados cõtrarios dezian, que dexe la possession que antes tenia, y la buelua a tomar ex causa, seu titulo superueniẽti, porque esta ceremonia es escusada, como cõ Paulo, Parisio, Menochio, y otros resoluio la Rota *apud Farinatium in in posthumis, tom. 2. decis. 253, n. 7.* y menos q̃ declarare su voluntad, ni que conste della, porque tambien sin esto lo presume el derecho, eo ipso, que la causa es mas vtil: *& Rota indistinctè sequitur hanc opinionem, quod sine alia declaratione quis censeatur mutasse sibi causam possessionis, & possedisse ex titulo magis sibi profiquo:* sic Farinacius *in posthumis num. 1. decis. 223. tom. 1* con muchos Doctores, *& decis. 264. n. 8, tom. 2,* Mantica, *qui plures etiam refert decis. 245 num. 12,* y mejor en la *decision 71. num. 1. & 2.* latissimè & cum copiosa Doctorum allegatione; Hermosilla *ad legem 9. tit. 2, partita 5, glossa 3, & 4, à num. 61.* videndus omnino Beltraminius *ad Ludouisium decis. 546, in annotatione, num. 15.* donde con Crecens, y otros, entiende esto quando el titulo que sobreuino es contrario, o incompatible con el primero, aliàs si sunt compatibles, nec inducitur, nec necessaria est possessionis mutatio, cum ex vtroque possit possidere. Por manera que podemos darle a escoger a la parte contraria, si quiere que la cedula del año de 623, contenga lo mismo que la del año de 627, pues q̃ es su declaracion, y à de confessarnos, que el señor Cõde Duque, que sea en gloria, posseyó este oficio como libre, pues la probança lo concluye, si quiere que sean contrarias, y que assi la segunda mire a sacar lo del vinculo, es fuerça confiesse que por ella se mudô la possession, y del vno, y otro modo se sigue, que la que la Duquesa mi señora tomô no fue nueua, sino la que su antecesor tenia; y assi, q̃ por ningun modo se le puede oponer la resistencia de el derecho.

Pasemos

47 Passemos a la tercera objecion, de que tambien saldremos con mucha facilidad, porque aunque sea assi, que la possession que se mandò dar a la Duquesa mi señora, fue con la clausula ordinaria, *sin perjuizio de tercero*, y sea assi tambiẽ, que aunque no la lleuase, como quieren los Abogados contrarios, de iure tacitê inest: lo qual no es nada en su fauor, ex traditis à Gratiano *disceptatione forensi* 317. *num.* 32. ninguna cosa nos prejudica: Lo primero, porque la reserua que por esta clausula se haze, es para el juizio de la propriedad, no empero para el de la possession, que el mismo juez manda dar, como bien resoluio Mantica *en la decision* 332. y Seraphino *en la* 756. *num.* 2. que testifican del estilo y practica de la Rota: lo mismo afirma Graciano, que alega a muchos, *disceptatione forensi* 317. *num*, 34. y assi dixo Oldraldo en el *cons.* 14. aliás 330. y le siguio Parisio en el *consi.* 70. *num.* 12. *lib.* 1. que esta clausula reseruaua, *præter quã in expressis*, que viene a ser lo mismo; y la razon es, porque como la possession tiene tanto de hecho, en el qual el derecho puede tampoco, que como alla dixo el Consulto; *Nám ea, quæ facti sunt ius ciuile infirmare non valet*; nil mirũ, que aprehendiendose vna vez, obre poco en ella esta reserua, *ex regula text. in l* 3. §. *si vir vxori, ff. de acquirendæ possessione*, donde lo dio por escusa el Consulto: *Nam quid attinet dicere vxorem non posside re, cum vir simul ac voluerit, protinus amisserit poßeßionem.* Dixolo bien Graciano *disceptatione foren.* 312. *num*, 31. ibi: *Tamen cum poßeßio habeant, plurimum facti illa clausula, quamuis conditionalis non suspendit adquisitionem possessionis traditæ, si veré constet de voluntate transferendi, & adquirendi possessionem.* De donde procede vn principio muy llano en esta materia, nempè, que aunque el auto, o decreto se anulò, y el titulo inualido, & inefficax, toda via por el se adquiere la possession, si actualmente se aprehende; sic Marta *cons.* 169. *num.* 5. *cu Ruino, Iassone, Puteo, & aliis*, Noguerol *cons* 26. *num.* 370. q̃ en breue da por razon, *quia est facti, &c.* Valascus *consultatione* 106. *num.* 6, y procede tambien, que como en el sumarissimo possessorio no se atiende mas que al mero

hecho

hecho,a la possession actual,a la detentacion; importa poco para la manutencion en el que la possession se diesse con la clausula referida, porque en quanto a lo actual della ni obra,ni puede obrar.

48 Lo segundo respondemos que esta clausula *sine præiuditio,* &c. obra su efecto quando, tunc temporis, ay otro que possee a quien se prejudica con la nueua possession,y despues que della consta, por manera que no porque salga contradiziendo, y alegando que es en su perjuizio se desvanece la possession que se ha tomado, como de contrario piensan, antes si el que la tomò pide ser manutenido en ella mientras el otro prueba su contradicion se aurà de manutener, como bien dixo Postio en la observacion 50.n. 8. ibi: *Quod si non constet alium tunc temporis posidere clausula non suspendit acquisitionem possessionis, sed eam per euentum tantum conditionis resoluit quando scilicet constet de iure. & præiuditio alterius, seu de alio possessore, ita vt sit interim habens possessionem cum dicta clausula manutenendus*, y alega Aponte, Bocac, Hōdedeo, Ciriaco, Beltraminio, y otros muchos Doctores; y assi dixo bien Seraphino *decis. 877.n.2.& 3. quod possessio data cum dicta conditione censetur pure data quandiu non apparet alium habere potiora iura.* De que con llaneça se convence, que poco puede adelantar esta clausula el derecho del señor Don Luis de Haro, maxime en vn juizio summarissimo como este; y que sin embargo della corre bien la manutencion que se pretende por nuestra parte, pues no con la opposicion sola ha de resolver la possession de la Duquesa mi Señora, sin vencerla en el juizio de la propiedad para el qual el derecho se le reseruò, vel saltim conforme la segunda resolucion hasta que se ajuste el derecho que tiene, y el perjuizio que de la dicha possession le resultò, lo qual aun no ha començado.

Segunda respuesta a la 3. objeccion.

49 Quedanos la quarta objecion, y la mas importante de todas por influir en todo quanto se ha dicho, y fundado, porque si en realidad de verdad fuesse assi que el señor don Luis de Haro tiene titulo claro, y propiedad

Respōdese a la 4. objeccion.

manifiesta, y assentada deste oficio por consequencia necessaria se sigue que tendra tambien llana, y corriente la possessión de la ley 45. de Toro, y que nos obstará defecto notorio de titulo y de possessión tambien, con que dificultosamente podremos obtener en este juizio, aunque sea summarissimo, ex ijs quæ congerit Postius de manu tenendo *obseru. 42. n 137.* ni en el de la ley final *Cod. de edicto Divi Adriani tollendo*, aunque sea sumarissimo tãbien ex traditis à Cancerio *cons. 2. n. 32.* Bien sienten esto los abogados contrarios, y assi su unico fundamento es recurrir a la propiedad al titulo claro que el Señor Don Luys de Haro tiene, sibien como si fuera de fe lo supponen por cierto è indubitable siempre que deste pleyto se informa sin fundarlo, ni responder a lo que les opponemos que llanamente prueba lo contrario, porque titulo claro en orden a excluir al heredero del sumarissimo possessorio sea el ordinario, o el de la ley unica *Cod. de edicto Divi Adriani tollendo*, es aql en que se contienen expressamente los bienes que se pretende son vinculados, y la persona tambiẽ que pretẽde suceder, o auer sucedido en ellos, que es lo mismo que dezir *una escritura en la qual este oficio estuuiesse vinculado en la Casa de Olivares, y llamado el Señor Don Luys de Haro a ella*, el lugar de Cancerio es tan copioso que con el parece que basta para probar esta conclusion *cons. 2. post tomum 3. variar. fere per totum præcipue n. 32.* donde dize: *Verum in iuditio summarissimo legis fin. eiusve interim non concedi immissionem aut confirmationem fideicommissario contra hæredem, nisi contradictor acceperit possessionem vacantem vigore tituli clari adeo ut licet fideicommissarius accepisset possessionem vacantem, & haberet titulum fideicommissi, sed dictus titulus non esset clarus, in quo fideicommissarius non esset nominatus, vel alias clare de iure fideicommissi appareret quinimo ad probandum quod sit de compræhensis in fideicommisso opus esset in medium afferre probationem descendentiæ, & coniunctionis personarum, & sic requirere altiorem indaginem dictam possessionem cum dicto titulo non impedire immissionem aut confirmationem possessionis hæredum, & tantum debere reservari fidei-*

com-

commissario iudicio plenario possessorio, aut petitorio sua iura. Y alega Fulgosio, Socino, Decio, Rolando, Simon Pretis, Fabro, Beroyo, la Rota, &c. El lugar de Seraphino es muy bueno *decis.* 83, *n.* 4. que considerò estos dos defectos *quod fideicommissarius non sit nominatus in testamento, & posito quod esset nominatus non esset clarum an adesset fideicommissum*, addo Franciscum Milanes *decis. Siciliæ* 3. *nu.* 136. *&* 137. que afirma no ser titulo claro *quando instrumẽtum, vel scriptura non loquitur de illa persona, sed debet probare genealogiam, vel descendentiam*, no es inferior aunque mas antiguo el lugar de Hipolito, Riminaldo, Iunior *en el cons.* 719 *n.* 12. donde en el mismo punto dize assi: *Sed vlterius dicto commiti vehementer obstat quod nullibi apparet quod ipse sit fideicommissarius dicti Comitis Antonij, ideo indistincte est concludendum quod missionem in possessionem petitam per hospitale nullo modo potest impediri, neq; obstat si diceret quod se offert in continenti probaturum de iure fideicommissi, quia respondetur, quod de tali fideicommisso nullo modo probari potest incontinenti per inspectionem testamenti dicti Comitis Antonij iam diu celebrati cum non sit nominatus in eo immo nec tunc erat natus dictus Comes Ludovicus eius abnepos, vnde cũ non sit in eo nominatus non videtur probari incontinenti de iure suo, & si per interpraetationem verborum quæ in testamento prædicto forsam habere velit inteutionem suam, & eam probare talis probatio videtur altiorem indaginem requirere, & in præsenti iuditio talis disputatio non admittitur, sed in alio iudicio debet verificari, &c.* Cierre esto el lugar del señor Don Iuã del Castillo *quotidianarũ lib* 3. *cap.* 24, *á n.* 93. Donde ala bando los dos consejos de Decio 424. y 467. que todos ponderan para este intento añade, *Vbi inquit Decius quod fideicommissarius qui offert incontinenti probare de fideicõmisso per inspectionem testamentorum, cum non sit nominatus in testamento si per interpraetationem verborum quæ in testamento habentur velet eius intentionem probare, talis probatio non est admittenda in iudicio possessorio, sed reservari debere in alio iudicio cum requirat altiorem indaginem quod est quidem summe notandum ad ea quæ supra diximus quatenus successori maioratus competere remedium dictæ legis resolvimus, id enim erit intel-*

telligendum si per scripturam aut institutionem Maioratus ex præscriptione ve aut alio modo legitimo se fore verum successorem ostendat in continenti, secus tamē si ex tacitis vocationibus, aut substitutionibus aut per interpratationem verborum, sive ex præsumpta tantum aut tacita voluntate se vocatum contenderit.

50 Y es de notar, que hablan estos Doctores en el remedio sumarissimo en que estamos, donde solo se trata de la actual possesion, y en heredero q̃ litiga con fideicommissario, o poseedor de mayorazgo (que es nuestro caso) el qual como queda apuntado, tiene fundada en derecho su intenciō, y està la presunciō de el contra el tal fideicommissario, nempe bona libera, & hæreditaria esse, con que exclama Cancerio justamente *dicto cons. 2, nu 45. Nam bone Deus in iuditio sumarissimo dictæ legis sive eius interim cum utroq; casu hæres scriptus habeat intentionem fundatam quoad possessionem non iubatur aduersus eum fideicommissarius.* Y notase esto para responder al señor Luis de Molina que *dicto libro 3, cap 13, n. 43*, resuelue, que cō pete el remedio de la ley 45. de Toro a aquel que non expresse, seu individualiter, sed ex coniecturis ad successionem maioratus vocatur, lo qual no se entiende para que obtenga en el sumarissimo de que tratamos, ni contra el heredero instituido tanpoco, sino en el remedio de la tenuta que ad mixtam habet proprietatis causam, como el mismo Doctor probò *ubi sup. n. 9*.

51 Y ajustado con estas doctrinas el titulo que de parte del señor Don Luis de Haro se ha presentado, que es la cedula del año de 623. la hallaremos falta en estos dos requisitos, y en otros que despues notaremos, porque en toda ella no se haze mencion de la Casa de Olivares, ni del señor Don Luis de Haro tampoco; conque a su Excelencia, y a ella obstan ios dos principios ordinarios que se sacan del *cap. inter corporalia de translatione Episcopi*, de la *ley prædia. §. affini. ff. de fundo instructo*; y de la ley *commodissime, ff. de liberis prætericis*, el primero, *instrumentum non loquitur de te, instrumentum te non adiuuat*, el 2. *De te non loquitur dispositio*, ambos bastantes para excluir

cluir a ſu Excelencia de la poſſeſsion, y aun de la propriedad de eſte oficio: ex Peregrino *conſ.* 36. *num.* 2. *lib.* 1. Menochio *conſ.* 85. *num.* 86. Deciano, *conſ.* 12. *num.* 1. *lib.* 1. ex pluribus Fuſario *conſ.* 72. *num.* 5. Y para euitarlos neceſsita de probar, que el ſeñor Conde Duque don Gaſpar de Guzman no tenia mas caſa, ni mayorazgo que el de Oliuares, para que aſsi aquellas palabras de la dicha cedula, *para que quede y eſté incorporado en vueſtra caſa, &c.* ſe ayan de entender preciſamente de ella, ex regula text. *in l. fundus, qui vocatus erat,* 24. *ff. de fũdo inſtructo*, cui addo Azeuedum *conſ* 5. *num.* 41. *& quos ibi refert*, y ha meneſter aſsi miſmo exibir el mayorazgo de la caſa de Oliuares, o verificar ſu tenor, ex tradditis à Molina, *lib.* 3. *de Hiſpanorum, cap.* 13. *à num.* 43. donde ſu addicionador alega muchos, y probar luego que es llamado a la dicha caſa, & ſic, eſte oficio agregado a ella, y que llegô el caſo de ſu llamamiento. todo lo qual ni ſe ſufre en eſte juizio, como lo reſueluẽ los DD. q̃ emos referido, ni por parte de ſu Excelencia ſe ha hecho, ſino articulado ſolamente, que el ſeñor Conde Duque don Gaſpar de Guzman murio ſin ſuceſsion, y que ſu Excelencia es hijo de ſu hermana mayor; como ſi de aqui ſe infiere que le ſuceda, no conſtando ſi el mayorazgo es regular, o no, y ſi huuo otros hermanos varones deſcendientes dellos.

52 Viſto, que el titulo del ſeñor don Luys de Haro no es claro, como ſe requeria para eſte juizio, apuntarèmos con la breuedad poſsible, que tan oſcuro y dificultoſo ſea; dexãdo para el pleito de la propriedad el probar plenamente, que quien le tiene llano y claro es la Duqueſa mi ſeñora. Y la primera dificultad que ſe ofrece es, ſi aquellas palabras de la cedula del año de 623. *para q̃ quede, y eſté perpetuamente vnido, e incorporado en vueſtra Caſa y Mayorazgo.* Llaman a la Caſa de Oliuares, para lo qual es de notar la dificultad que ay entre los DD. ſi quando ſe llama la *Familia, la Caſa, &c,* ſe ha de entender de la *contentiua*, in qua ſcilicet, continemur, ſeu ad quam vocati ſumus, o a la *efectiua*, cuius nempè Authores, ſeu effectores ſumus: diferentia que notó Menochio

L

chio *conſ.233.à num.* 2.ibi: *Et hoc nomen Familia, vel domus, non pro ſola familia, & domo ipſius teſtatoris in ſpecie, quam Doctores effectiuam appellant, ſed etiam pro domo, & familia in genere à Doctoribus contentiua appellata, ſub qua et ipſe teſtator continetur*, y lo refirio, *en el 732. al num.* 40. addo Gratianũ *diſceptatione forenſi 645.tom.4 â num.* 1. qui plures congerit. Tieneſe pues por mas verdadera opinion, que ſe entiende la efectiua, por la regla de la ley *ſi in rem, ff, de rei vindicatione, qua docemur: Verba, ſeu diſpoſitiones, quæ generaliter, & ſpecialiter enunciant, potius in ſpeciali, quam in generali ſignificato accipienda fore:* de qua multa Tiraquelus *in d.l. boues, §. hoc ſermone, 1. parte, num* 85. *de verborum ſignificatione:* Fuſarius *conſ.72 à num.* 1, Caſtellus *lib.4. cap.39. a nu,* 8. de donde ſacò por concluſion Menochio *conſ.233, n.* 16. *Ergo de propria familia (hoc eſt, de filijs, de nepotibus, & cæteris ſimilibus) intellexit teſtator iſte.*

53 Eſto carece de toda duda, quando ſe añade en la diſpoſicion algun pronombre poſſeſsiuo, qualia ſunt, *mea, tua ſua, noſtra, veſtra:* porque como dizen dominio, y propriedad no pueden entenderſe de otra caſa, ni de otro mayoraxgo ſino de aquella, a quien la perſona con quiẽ hablan dio principio: porque como dixo el otro Poeta

Nam genus, & proauos, & quod non fecimus ipſi,
vix ea noſtra voco.

Prueba eſto latiſsimamente Fuſario, quem pro multis allego *conſ 149.per totum*, principalmente deſde el *num,* 36. que comiença: *Vbi tamen teſtator non vocat familiam ſimpliciter, ſed familiam ſuam, vel cum ſimilibus adiunctis, & pro nominibus poſſeſsiuis denotantibus originem, & cauſam: receptiſſima eſt concluſio, quæ nullum, aut certè pauciſsimos habet contradictores familiam in ſpecie cenſeri vocatam, quæ à teſtatore procedit, atque efficitur.* Y en el num. 47. reſponde a los ſeñores Luys de Molina, y don Iuan del Caſtillo, los quales no noſobſtan; porq̃ lo que quierẽ es, que llamada la Caſa, la Familia, &c. aunque ſea adiecto pro nomine poſſeſsiuo, agnati comprehendantur, eſto en fuerça de la perpetuidad, que piden los mayorazgos de Eſpaña, cõ que obligan a ſuplir llamamientos, no empero niegan

que

que la Famili . ha de ser la efectiua.

54 Dedonde se infiere con llaneza, que por la merced del año de 623. no se llamo la casa y mayorazgo de Oliuares, in qua continebatur, el señor Conde Duque don Gaspar, como uno de los llamados a ella, sino la que el instituyesse y fundasse, de quien era cabeça y dueño, a q̃ no ayuda poco tener entonces sucession: cōjetura que ponderan mucho los pocos que Fusario dize: tenemos en contrario, teste Menochio, *cons*. 424. *num*. 13. *& cons*. 106. *num*. 229 Cephalo *cons*. 606. *num*. 15. Fusario *cons*. 37. *num*. 17. *& cons*. 169 *num*. 37. Porque totalmente es inuerisimil pensar que hallandose en el puesto que tenia, y con tales seruicios, que esperauan grandes premios, no los auia de querer, ni darselos su Magestad para la casa que fundaua, donde indiuidualmente se auia de conseruar su memoria, sino para la de sus antepassados. A esta pudieramos añadir otras conjeturas, de que se tratará despues, y asi las omitimos aqui: ne crambē requoquere videamur, vt in prouerbio est.

55 A que no obsta la pōderacion que hazen los Abogados contrarios del proemio desta cedula, en que parece, que la causa final della fue premiar su Magestad los seruicios de los ascendientes del señor Conde Duque don Gaspar de Guzman; & sic, la casa, y mayorazgo de Oliuares, que instituyeron: porque bien ponderadas sus palabras, no ay cosa que mas pruebe lo contrario, si se nota, que aunque su Magestad entra assentando la atencion que tiene a los seruicies de sus passados, en particular de los señores don Pedro, y don Enrique de Guzman, padre, y abuelo de su Excelencia, y a los muchos, que de su Excelencia recibia, ibi: *Y aora teniendo consideracion a la calidad de vuestra persona, y Casa, y a los grandes, y señalados seruicios de vuestros passados, y en particular a los q̃ hizo el Conde don Pedro vuestro abuelo, y a los que hizo el Conde don Enrique vuestro padre en los cargos, &c. y a los muchos, e importantes, que vos me aueis hecho, &c.* Con que parece se confiessa deudor de su remuneracion, tratando inmediatamente de la satisfacion dellos, dize. *Y por parte de*

remu-

remuneracion de vuestros servicios , y muestra de la estimacion q̃ hago dellos, &c. emos tenido por bien de hazeros merced , &c. De modo , que lo que quiere pagar cõ este oficio son los del dicho señor don Gaspar, no los demas: con que no se puede dezir, que fue premio dellos: *Quotiens enim enim, quis debet ex pluribus causis, & vnum debitum soluit, est in arbitrio soluentis dicere , quod potius debitum voluerit solutum, possumus enim certam legem dicere ei , cui soluimus* : Palabras de la ley 1. ff. de solutionibus, que se aplicã bien a en este caso, y no permiten se diga, que en este oficio tienen parte, ni derecho su padre, abuelo, ni demas ascendientes del señor Conde Duque , ni los seruicios que hizieron tampoco , pues no se dio en gratificacion de ellos.

56 Rursus, quando fuera assi, que la intencion de su Magestad fuera con este oficio satisfacer los seruicios de todos; donde se ha oido jamas, que el premio que se dà por remuneracion de seruicios personales, pertenezca al mayorazgo que possee quien los obrò, siendo tan notorio, lipis (vt aiunt) & tonsoribus, que son bienes libres hereditarios como los demas que vno adquiere; en tanto grad, que si el que siruio era casado y gastaua de la hazienda comun, como lo hizo el señor Conde Duque, q̃ sea en gloria, y lo afirma su Magestad en esta misma cedula, quandole dá facultad para empeñar este oficio en cincuenta mil ducados, son bienes partibles, y se han de traer a colacion y particion, lleuãdo la muger la mitad, como lo resueluen el señor Gregorio Lopez *in l. 3. tit. 10 partita 5. verbo, igualmente*, Couar. *in cap. cum in officijs, de testamentis, num. vltimo*, Rodericus Suarez *tractatu de las ganancias, limitatione 3. num. 32.* y otros.

57 La segunda dificultad , y no de menos porte que la passada, es a saber, si este oficio quedô vinculado por la cedula del año de 623. en la casa contentiua, o en la efectiua del señor Conde Duque , y para que no lo quede, ay entre otros fundamentos: el primero, no dezirse tal en la dicha cedula, siendo facil expressarlo, con que entra la regla de la ley *cum seruum, §. nã prætor, ff. de adquirenda hæreditate*, y de la ley *commodissimê, ff. de liberis præteritis,*

nempè

nempe *teſtator hoc non dixit, hoc non expræſsit, hoc non diſpoſuit, ergo neq; nos dicere debemus*, quam late exornat Caſtellus *lib. 4 quotidianarũ. cap. 14 per totum*, Menochius *conſ. 233 n, 8.* Burgos de Paz *q. 2. ex n. 2.*

58 Sea el ſegundo cõſiderar el proemio de la dicha merced, que aſſaz conduze para interpretar toda diſpoſicion, como con muchos que cita prueba Caſtillo *lib. 4. quotidianarum cap. 46. per totum*, y principalmente para conjecturar ſi ſe vinculan, o no los bienes, como bien reſuelve el ſeñor Luis de Molina *lib. 1, de Hiſpanorum primogenijs cap. 5. n. 1.* a quien refiere y ſigue Caſtillo *lib. 5, cap. 93. §. 6. á n. 2.* que junta muchos, porque como dixo el Conſulto en la *lei final. ff. de heredibus inſtituendis.* Y en la ley Titia, § *idem reſpondit, ff. de verbor. quibus addo.* Tuſcum *concl. 892. tomo 6. litera P. Aperit cauſam per quam mouetur diſponens*, & quod magis eſt *inducit cauſam finalem*, que es la que rije la diſpoſiciõ, como notan en eſtos textos los Doctores. Del proemio, pues deſta cedula no ſolo no ſe infiere auer querido ſu Mageſtad vincular eſte oficio, ſino totalmente lo contrario, porque la cauſa final que del ſe deduze es (como queda apuntado) remunerar los ſeruicios del ſeñor Conde Duque don Gaſpar de Guzman: y eſto no ſe conſeguia vinculandole eſte oficio, maxime en la caſa de Olivares, ni ſe le daua coſa alguna; porque ſupueſto que por las cedulas Reales, q̃ eſtan en eſtos autos, ſu Excelencia lo gozava por ſu vida, y por otra que nombraſſe, poca, o ninguna gratificacion recibia de que para deſpues de ſus dias ſe vinculaſſe en la dicha caſa, no pudiendo diſponer del aun por la vida que conforme a la primera facultad podia.

59 El tercero es advertir que en la merced deſte oficio, la perſona contemplada, y a quien ſe hizo la gracia, fue el ſeñor Conde Duque, como bien ſe comprueba de hablar la cedula real con ſu Excelencia, y de auerſe hecho en ſatisfacion de ſus ſervicios, ibi: *De hazeros merced, como por la preſente os la hazemos, &c.* Et ibi: *Por parte de remuneracion de vueſtros ſervicios.* Ex his quæ docte admodum, & copioſe congerunt Roſental *de feudis cap. 9. membro 2.*

 concl.

concl. 66.n. 9 & n. 53. cum sequentibus, omnino videndus, Alciatus *de præsumptionibus reg. 1. præsumpt. 8.* Menoch. *lib. 3. præsumptionũ, c. 26. & 28.* qui late rem prosequitur, Parladorus *differentia vltima, ampliatione 2.* Don. Ioannes de Solorzano *de iure Indiarum 2. tomo lib. 2. cap. 15. n. 26.* demas de que expressamẽte lo dize, vt videre est ad medium, ibi: *Y considerando que esta merced os la hazemos principalmente por vuestros servicios, &c.* Con que no dexô q̃ dudar; y assi venimos a estar en la regla de la lei profectitia §. 1 *ff. de iure dotium, l. additio, § 1. ff. de acquirenda hereditate lege fideicommissa, §. interdum, ff. de legatis 3 l. si cui legetur, ff. de legatis 3.* Por las quales en semejantes deposiciones solo se atiende la persona contemplada, no a las demas, aunque las palabras dirigantur ad illas: y assi, lo que por ellas se da, o concede, adquiritur tantummodo personæ contemplatæ, cæteris autem minime, y el puede disponer dellas como quisiere, como en los feudos, donaciones, &c. y en otros muchos casos lo resuelven Rosental, Alciato, Menochio, Parladoro, y Solorçano supra allegati, y con ellos Mantica *de coniecturis lib. 8. tit. 4. n. 7.* Monter. *decis. 36. n. 4,* Surdo *cons. 140. n. 16. lib. 1. & decis. 291. n. 3.* que alegan muchos, y procede esto mejor quando las palabras quę diriguntur ad alios dicuntur non per modum dispositionis, sed per modũ causæ enuntiative prolata, quæ parum, vel nihil operãtur, teste Fussario *cons. 143. n. 7.* Menochio *cons. 1012. à n. 3.* Surdo *cons 96. n. 17.* que es lo mismo que su Magestad hizo aqui, ibi. *Para que quede, y esté.* Et rursus: *Y assi quedarà incorporada, y vnida a vuestra casa, y mayorazgo, &c.*

60 Lo quarto, porque la clausula en que mas funda la parte contraria este vinculo, que es la referida, *Para que quede, y esté perpetuamente incorporado, y vnido a vuestra casa, y mayorazgo por juro de heredad, y lo tengais, y gozeis vos, y vuestros descendientes, y successores, &c.* Esta es la que prueba lo contrario mejor cõsideradas las palabras *por juro de heredad*, id est, *hereditario iure.* Por manera que llama la casa del señor CondeDuque non simpliciter, sino como heredera que supone ha de ser de su Excelencia, iuxta

iuxta notatā in *l. si tibi, §. si pactum, ff. de pactis*: lo qual ni constituye mayorazgo, ni obra mas de expressar lo que tacitè inest en qualquier contrato, en el qual quilibet non solum sibi, sed hæredibus suis stipulari intelligitur, *l. veteris, C. de contrahenda, & committenda stipulatione l. si pactum, ff. de probat.* dedonde procede la question que doctissimamente trata Faquineo *controuer. iuris, lib 7. c. 8 per totum. Vtrum nempè poterit pater fœudū acquisitum pro se, & filijs alienare.* Y resuelue, que si: *Quia cum pater* (dize) *stipulatur, & acquirit sibi fundū, & liberis suis, itaq; prius, ac principaliter sibi illud stipulari, & acquirere intelligitur, vt possit de eo pro suæ arbitrio voluntatis disponere, atque adeò illud alienare, id confirmatur hoc argumento, nā quilibet nō solum sibi, sed etiam hæredibus suis stipulari intelligitur, & tamen nemo dixerit patrem disponere non posse, alienare, & vendere rem, quam sibi, & suis hæredibus acquisiuit: & ideo illud argumentum, quod pro contraria sententia adfertur non licere parentibus ius filiorum auferre, & illis præiudicare locum habere potest in ea specie, qua filijs, æquè principaliter fœudum est concessum, & eorum ipsorum contemplatione, ac meritis.*

61 Y no ayudan poco a esto las palabras siguientes, ibi; *para que la gozeis vos, y vuestros descendientes, y sucessores*: que es lo mismo que si dixera, *vuestros hijos y herederos*: *idem enim significat per omnia nomen successor, quod nomen hæres*: dixo cō Belapert. Socino, Riminaldo, Rebufo, Menochio y otros Fusario *cons. 169. num. 26.* palabras que mas se aplican a bienes libres hereditarios, que a mayorazgo, ni vinculo, y no ay que hazer reparo en la palabra, *perpetuamente*: porque como dixo el cap. si gratiolè, de rescriptis in 6. relatum ad certas personas disponit perpetuò inter eas, & non ampliat dispositionem ad alias, como en el notò la glossa verbo perpetuò: y Bartulo en la rubrica, ff pro socio, quibus addo Peregrinum cons. 53 num. 6, Surdum cons. 448, num. 26, Rota, quam refert Peregrinus decis. 134, num, 22.

62 La tercera dificultad es, si por la cedula Real de el año de 627, este oficio quedò lisa y llanamente por bienes libres, y de la herencia del señor Conde Duque dō Gas-

Gaſpar de Guzman,y para afirmarlo aſsi tenemos(entre otros)dos,o tres fundamentos,que apuntaremos, tan vrgentes,que no parece puede dificultarſe : el primero es,que por mas que los Abogados cõtrarios quieran liſongearſe , y noſotros concederles , no puede no confeſſarſe , que el negocio por lo menos es dudoſo, y el derecho de la caſa de Oliuares obſcuro,y ambiguo. con que entra bien la declaracion hecha por ſu Mageſtad en la cedula referida,en que afirma,como ſu intencion y volũtad Real fue, que todas y qualeſquiera mercedes hechas a ſu Excelencia de qualquiera cantidad, o calidad fueſſen para ſu Excelencia , y para quien tuuiere la caſa y mayorazgos que fundaſſe,o quiſieſſe: ſin que el que poſſeyere la caſa de Oliuares pueda pretender derecho alguno a ellas. Y ya ſe ſabe, que en materia de priuilegios, mercedes, y reſcriptos,&c. en qualquiera duda que ſe ofrezca, la ha de decidir y declarar el Principe de quien procede , y ſe ha de eſtar a lo que declarare:que es lo que dixo la ley Neracius,ff de reg. jur,cap.cum veniſſem,de iuditijs , iuncta l.facto, ff, de vulgari,quibus conſonat,l 27.tit.18.partit.3.l.2 tit.1. part,2. & vtrobique Gregorius , Garcia de nobilitate, gloſſa 1.§.1.num.1.& 2.Gutierrez lib.3.practicarum, q.28.num.2,Gironda dè paiuilegijs,num.83.en tanto grado,que como probô Marta con Baldo,Iulio Claro, y otros,conſ. 145.á num.29. quando el Principe depone de facto proprio, ſeu de certa ſcientia non admittitur probatio in contrarium : y aſsi Fontanela , Menochio,Maſcardo,y otros,que cita, de pactis nuptialibus clauſula 4.gloſſa 10.p. 2.nu 28, reſuelue, que generali conſuetudine Principis dictũ probationis loco eſt : eſtas doctrinas a ningun caſo mejor que a eſte pueden a, plicarſe , pues en el declara ſu Mageſtad ſu intencion- coſa que otro ninguno puede declarar.

63 La ſegunda razon ſea, auer ſu Mageſtad concedido eſte oficio al ſeñor don Gaſpar de Guzman, no graciosamente,ſino en pago y remuneracion de ſus ſeruicios; & ſic es cauſa onerosa , como lo notan todos los DD.

tratan-

tratando destas gratificaciones, teste Mastrillo, decis. 261. part. 3. num. 80. ibi: *Non obstante quod fuerint obtenta ex causa onerosa, & ob seruitia, & consequenter transierint in vim contractus, & sint facta irreuocabilia, &c.* latè ex pluribus Iosephus de Sesse decis. 389, à numer. 18 & indiuidualmente con Isernia, Afflictis, Mastrillo y otros, noguerol allegatione 5. à num. 26. Cabedo decisione 20. tom. 2. que alega a Baldo, Socino, Felino, Tiraquelo, Afflictis, Capicio, Suarez, Palacios Rubios Pinelo, y otros, equiparando esta acquisicion a la que se haze por dinero que se dà: y en este caso aunque despues de la persona a quien se gratifica aya otros qualesquiera llamamientes por via de feudo, o de mayorazgo, que es lo mismo, valet enim argumentum de vno ad alium, teste Matienço in l. 5. gloss. 1. tit. 6. & in l. 19. glossa 3. num. 25. tit. 2. lib. 5. compilationis, Solorçano de jure Indiarum, tom. 2. lib. 2. cap. 2 num. 31. puede el que los concede, consintiendolo assi la persona a quiẽ los dio, vel vice versa, el que los recibio con voluntad del Principe, disponer de ellos como quisiere. Disputaron esta question latissimamente, y resoluieronla assi en el feudo, y la emphyteusi muchos que sigue Valasco de jure emphyteutico, quæst. 49. num. 7. ibi: *Tertius casus est, si emphyteusis fuerit acquisita ex re, vel pecunia patris & sic quando ad consequendam pater posuit aliquid de suo, videtur enim tunc filius habere fœudum, vel emphyteusim, ex tacita donatione patris:* y alega por si a Aretino, Alexandro, Capra, Corneo, Gozadino, Ruino, Angelo, Craueta, Crotto. Exea, Pinelo, y otros muchos. Fundò esto Marta en el conf. 38. per totum, que assi mismo juntò copia de Doctores, y habla indiuidualmente en nuestro caso, vt videre est num. 5. ibi: *Sed dicta donatio asseritur facta ob varia, & innumerabilia benemerita per donatorem habita á dicto donatario, & ideo dicitur ex titulo oneroso facta, quia donatio remuneratoria non venit appellatione donationis, sed fit pro solutione mercedis, seruitiorum factorum, ideo non dicitur propriè donatio, sed compensatio, siue permutatio, & titulus onerosus.* Es muy del proposito la controuersia octaua de Faquineo

N en

25

en el lib 7. y los doze fundamentos que en ella trae para probar, que puede el padre enagenar el feudo nueuo in præiuditium liberorum suorum, ad quos post eius mortem peruenire debet, y las deciſiones 322. y 324 de Pedro Surdo, y lo mucho que jũtô Roſental de fœudis en el lugar alegado, con que ſe pudiera exornar eſte punto, ſi fuera el principal deſte papel. Por manera que pudo muy bien ſu Mageſtad alterar por la dicha cedula, conſintiendolo aſsi el ſeñor Conde Duque, la primera merced, aunque por ella ſe deſvaneciera el llamamiento a la caſa de Oliuares, o de otra que deuiera ſuceder.

64 El tercero y vltimo fundamẽto ſea auer dado ſu Mageſtad a la caſa del ſeñor Conde Duque por eſta miſma cedula ſobrada recompenſa de qualquier derecho que ſe le huuiera adquirido, dando a ſus poſſeedores el titulo de Duque con preeminencias de grande de la primera claſſe que es lo mas que en Eſpaña puede auer en ſujetos que no ſean perſonas Reales: y ya ſe ſabe que es principio llano que puede el principe quitar el derecho adquirido dando baſtante ſatisfacion, *dato bono cãbio*, es la fraſſe con que lo reſuelven la lei 2. tit. 1. part 2. y la lei 31. tit. 18. par. 3. donde ſon muy copioſas las gloſas del ſeñor Greg. Lopez verbo *Buen cambio*. De derecho comun concuerdan con ellas la lei venditor, §. ſi conſtat, ff. communia prædiorum, y de derecho Canonico el cap. 2, verſ permutare, 10, q. 2, addo præter ordinarios Menchacam controverſiar. vſu frequentium lib. 2, cap, 2, n. 2. y por hablar doctamente en materia de merced de oficio Cabedo, que alega muchos DD. tomo 2: cap. 2. per totum.

65 Y fue tan bueno el cambio que por eſta cedula ſe dio, que como conſta de los recaudos que ſe preſentaron, lo acceptò luego el ſeñor don Gaſpar de Guzman, intitulandoſe Conde Duque de Olivares; lo qual continuô por el diſcurſo de ſu vida omitiẽdo el titulo de Duque de S Lucar la mayor, y poſſeyendo eſte oficio como hazienda libre, conque ni ſe puede negar que con-

ſintiò

sintió la declaracion, o disposicion desta cedula, ni que ella en su sentir comprehendio este oficio, refugio a q̃ se acogen los abogados contrarios bien de poca substãcia, pues la generalidad con que habla, ibi: *Todas las dichas mercedes de qualquiera calidad, y cantidad que sean,* no lo permite: *generalis enim dispositio omnia cõprahẽdit nihil intactum relinquit*: palabras con que los DD. sumã la lei 1. §. quod ait, ff de aleatoribus, y la lei 1. §: generaliter, ff. de legatis præstandis, quibus addo Cravetam cons. 113, n. 5, Abad cons. 1, n. 44, volum. 1. Angelo cons. 285, n. 3, Bardaxi ad foros Aragonis tit. de aprehensionibus, Foro fin. n. 2. Y asi de la suerte que estas dos proposiciones, *Omnis homo est animal, aliquis homo non est animal*: Sõ contraditorias, lo son tambien; que todas las mercedes hechas al señor Conde Duque quedassen reformadas, y no lo quedasse la deste oficio.

66 De lo que queda apuntado se infiere bien, que el derecho en la propriedad, q̃ por parte del señor don Luys de Haro se supone tiene la casa y estado de Oliuares a este oficio, es muy incierto, y dudoso, y por lo menos no ay en el la claridad que requieren los DD. para que se adquiera al sucessor la posseision, que por la ley 45. de Toro se transfiere, que es tan grande que apenas hallan palabras con que encarecerla: asi lo denotan las del señor Luys de Molina lib. 3. cap. 13. num. 51. *Dũmodo adeò certum, & indubitatum sit* (dize) *bona, de quibus agitur maioratui subiecta esse, vt id in dubium reuocari non valeat*: y no menos las de Auendaño en la misma ley, glos. 1. num. 1. donde interpretando el supuesto de la dicha ley, ibi: *Las cosas que son de mayorazgo* (añade) *scilicet per rei euidentiam, ita vt non dubitetur, an sint, vel non maioratus.*

67 Con que queda satisfecha la quarta y vltima objeccion, menos lo que en ella se apunta de la carta missiua de mi señora la Duquesa, de la qual ni se nos ha dado traslado, ni està reconocida, ni concluso el nueuo pedimiento, que con ella se hizo, ni contiene cosa de sustancia para este pleito, sino cumplimientos dignos de tan grandes personas, que no se escriuen para presen-

sentarse en juizio. Muy de nuevo se le hizo a Ciceron otro tanto que Marco Antonio vsò con el, quando en la Philipica 2 dixo: *Quis enim, vnquam, literas ad se ab amico missas offensione aliqua interposita, in medium protulit, palamq; recitauit, quid est aliud tollere è vita vitæ societatem, tollere amicorũ coloquia absentiũ, inter quos quã multa solẽt esse in epistolis quæ prolata si sint, inepta videantur, quam multa seria, neque tamen vllo modo diuulganda.*

Con que parece que la justicia de mi señora la Duquesa es llana, y que la sentencia del Licenciado don Iuan Durã de Torres, que la manutuuo, es justa: y asi deve confirmarse esto. Salva, &c.

Lic. Antonio Perez.